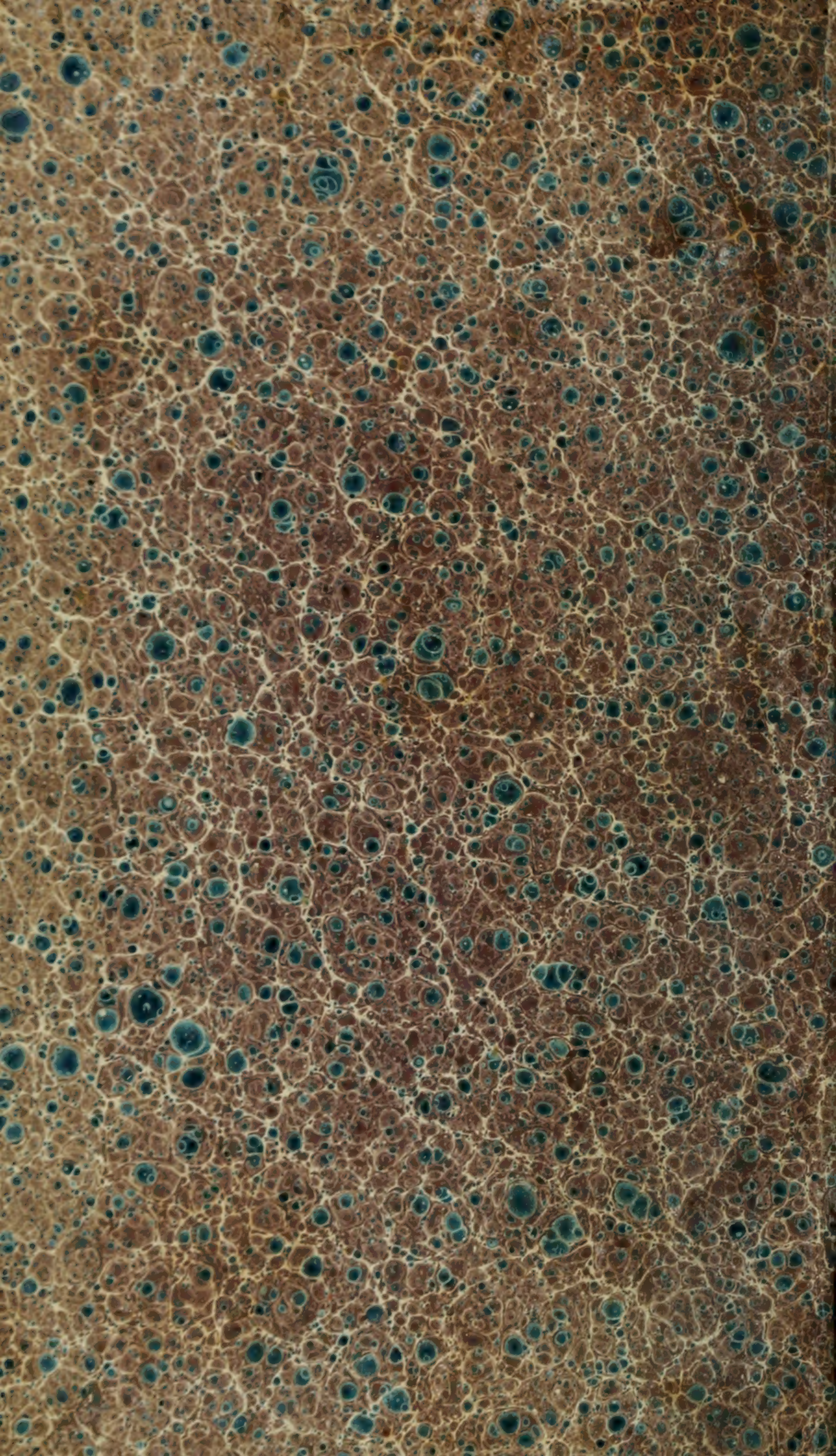
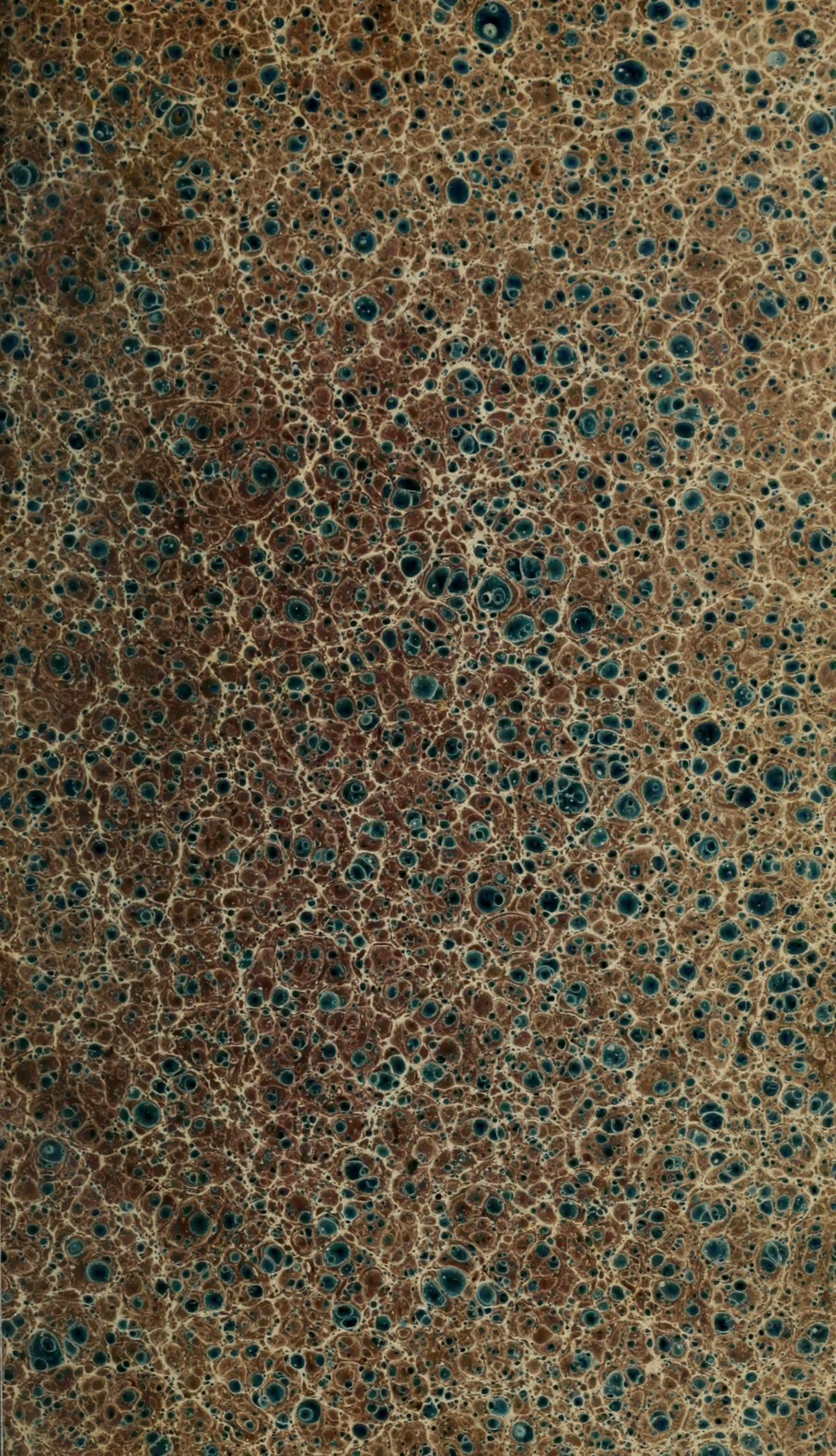


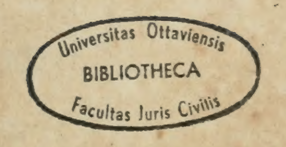


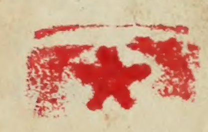


THÉORIE

DE LA

PROCÉDURE CIVILE.





Poitiers. — Imp. de A. DUPRÉ, succ. de SAURIN frères.

THÉORIE

DE

LA PROCÉDURE

CIVILE,

PRÉCÉDÉE D'UNE INTRODUCTION ;

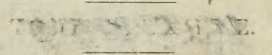
Par M. Boncenne.

Tome Sixième.

CONTINUATION

PAR M. O. BOURBEAU,

AVOCAT, PROFESSEUR DE PROCÉDURE A LA FACULTÉ DE DROIT,
MAIRE DE POITIERS.



PARIS,

VIDECOQ PÈRE ET FILS, 1, PLACE DU PANTHEON.

1847.

A B Routhier

23

THÉORIE

DE LA

PROCÉDURE CIVILE.

CHAPITRE XXX.

DES MATIÈRES SOMMAIRES.

(Liv. 2, tit. 24, art. 404-413 du code de procédure.)

Il y a dans l'instruction d'un procès un double écueil à éviter : la précipitation qui enlève aux parties les moyens de se défendre, les lenteurs qui altèrent les bienfaits de la justice. « Sage est le juge qui écoute et tard juge, disait Loisel ; car de fol juge briève sentence, et qui veut bien juger écoute partie (1). » Le chancelier Bacon mettait au contraire en première ligne la célérité du jugement : « Si l'injustice de la sentence la rend amère, elle Art.

(1) Institutes coutumières, liv. 6, tit. 3, art. 12.

Art. s'aigrit par les délais; *injustitia illud reddit amarum*, *mora acidum* (1). »

L'inflexibilité d'un principe unique ne pouvait donner satisfaction à des exigences opposées. Il fallait discerner les hypothèses dans lesquelles la justice risquerait de s'égarer en précipitant sa marche, et celles où la rapidité de l'instruction en rapport avec la simplicité, l'urgence ou la modicité de la demande, donnerait aux parties un avantage de plus sans les priver d'aucune garantie. En réglant la procédure *ordinaire*, le législateur a pris un moyen terme entre la sage lenteur préconisée par Loisel et la célérité que préférait Bacon. Mais il n'a pas cru devoir poser un principe absolu; la règle est environnée d'un cortége d'exceptions. Les unes ont pour objet de substituer, aux impressions rapides et fugitives de la parole, les allures plus lentes et plus sûres de l'instruction écrite; les autres de faire prédominer la rapidité dans la marche du procès, en supprimant les écritures pour s'en tenir à l'instruction orale.

La procédure ordinaire admet l'alliance des requêtes et des plaidoiries, de l'instruction

(1) Essais de morale et de politique, LIII.

écrite et de l'instruction orale (1). Les exceptions à cette règle consistent dans l'emploi exclusif de l'une ou de l'autre. Dans un cas, l'affaire est soumise à la procédure exceptionnelle de l'*instruction par écrit;* dans l'autre, à la procédure exceptionnelle que l'on appelle *sommaire.* ART.

On sait comment le code de procédure a réglé les formes de l'instruction par écrit, et quelles modifications a subies sous la main des nouveaux législateurs le vieux système des *appointements* (2). C'est la procédure sommaire qui doit maintenant fixer notre attention.

Lorsque l'on se reporte à l'époque où les règles de la procédure sortaient du chaos pour s'uniformiser dans les ordonnances, on rencontre déjà indiquée la distinction entre les causes réputées sommaires et celles qui, à raison de leur importance, devaient subir une instruction plus développée. Le droit de Justinien, type invariablement reproduit dans la plupart des monuments de notre législation primitive, avait servi de base à cette distinction : *Nisi breves sint lites, et maxime vilium personarum*

(1) V. Théorie de la procéd. civ., tome 2, ch. 3.
(2) V. tome 2, chap. 6.

ART. *vel causarum : tunc enim, sine scriptis et sine aliquâ expensâ cognoscere præsidem oportet* (1). La simplicité de la procédure était donc en rapport avec la modicité des intérêts, *breviores lites*, ou avec la condition des personnes, *vilium personarum causæ*.

Ce double point de vue se retrouve dans une ordonnance du roi Charles VIII de 1490 : « Pour relever *le peuple* des grans frais, cousts et taxations des notaires qui exigent plusieurs grans sommes de deniers des procez qui se font de petites choses, tellement que souventeffois les fraix montent plus que le principal, a été ordonné que des procez qui seront d'ores en avant esdites cours, où il ne sera question que de *trois livres tournois*, une fois à payer ou au dessous, se vuideront lesdits procez sommairement et de plain; et ne sera receue que la première appellation au prochain juge royal, à ce qu'il appartiendra, lequel fera apporter devers luy le procez *in primâ figurâ*, sans grosser (2). »

L'ordonnance de 1560, article 57, portait que « tous différends *qui ne requereront ample*

(1) Auth. *Nisi breves*, Cod. *De sententiis ex periculo recitandis*, et Novel. 17, cap. 3.

(2) Ordonn. de 1490, art. 14.

connoissance et expédition, seront vuidez par les juges des lieux sur-le-champ..... en audience, sans pour ce prendre aucune chose pour les espices, à peine de rendre le quadruple par le juge qui aurait contrevenu. » ART.

L'ordonnance de Blois de 1579 voulut que les juges « expédiassent sommairement et sur-le-champ les causes personnelles et qui n'excéderont la somme de *trois escus un tiers* ou la valeur pour une fois (1). » Mais Théveneau nous apprend que l'ordonnance n'était point pratiquée dans les provinces, principalement par les juges inférieurs *qui appointoient les parties en choses légères*, *afin de les consommer en fraiz et prendre espices ;* « Et c'est, dit-il, une des choses qui mérite dans la justice une plus grande réformation pour l'excez qu'il y a en cela, la plupart des juges ne servans à la justice, mais à leur avarice, *à cause de la vénalité de leurs charges* (2). »

Ce vœu fut entendu par les rédacteurs de l'ordonnance de 1667. Pour réprimer les abus, ils voulurent leur enlever tout prétexte. A des

(1) Ordonn. de 1579, art. 153. — L'ordonnance de 1629, art. 115, porta le taux des matières sommaires jusqu'à la somme de 20 livres une fois payée.

(2) Livre 3, tit. 7, art. 2.

Art. dispositions vagues et peu précises, ils substituèrent une minutieuse énumération. Ils ne se bornèrent pas à parler en général des causes qui requièrent *sommaire connaissance et expédition*, ils détaillèrent une à une celles qui seraient soumises à la procédure exceptionnelle.

Si l'on veut ramener à une classification le détail quelque peu confus des dispositions de l'ordonnance, afin de les comparer au texte de notre code, on peut établir les catégories suivantes :

D'après l'ordonnance, les causes sont réputées sommaires : — les unes à raison de la *modicité* de la somme réclamée, quelle que soit la nature du procès ou la qualité des parties. Cette hypothèse se présente lorsque la somme n'excède pas quatre cents livres dans les cours supérieures et les justices royales, et deux cents livres dans les justices des seigneurs (1); — les autres à raison de la nature de la demande et de son caractère plus ou moins tranché d'*urgence* ou de *simplicité*. Dans cette catégorie rentrent certaines demandes jusqu'à la valeur de mille livres (2); d'autres à quel-

(1) Ordonn. de 1667, tit. 17, art. 1.

(2) *Ib.*, tit. 17, art. 3, 4 et 5.

que somme ou valeur qu'elles s'élèvent (1). ART.

Le code n'a pas comme l'ordonnance procédé par énumération. Il s'est contenté de tracer quelques divisions générales embrassant, avec les cas énumérés dans les anciens textes, de nouvelles applications. Une loi récente, celle du 11 avril 1838, est venue ajouter une autre classe de matières sommaires à celles qu'indiquait déjà le code de procédure. 404.

Cette extension des matières sommaires et la progression croissante en nombre et en valeur des demandes qui rentrent dans cette classification, peuvent se justifier par la révolution qu'a subie la fortune publique, et par les nouveaux rapports établis entre les valeurs et le numéraire qui les représente.

Ajoutez à cela l'influence des idées qui nous entraînent à rechercher la simplicité dans les formes et à leur demander un compte sévère de leur utilité. Contre cette tendance hostile, parce qu'elle est souvent exagérée, l'empire des traditions lutte quelquefois en vain. Rappelons-nous les innovations décrétées en l'an II, et ce code de procédure en *dix-sept articles* que

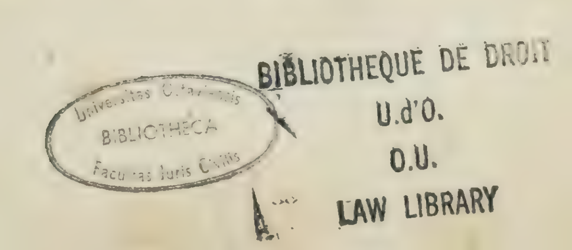
(1) Ordonn. de 1667, tit. 17, art. 3 et 4.

ART. 1041. la Convention destinait à remplacer les dispositions des anciennes ordonnances. On y lisait : « L'usage des requêtes est supprimé dans toutes les affaires et dans tous les tribunaux ; — si les parties comparaissent, il ne sera notifié au procès que l'exploit de demande et le jugement définitif ; — il sera statué dans tous les tribunaux et dans toutes les affaires, sans aucuns frais, sur défenses verbales ou sur simple mémoire, qui sera lu à l'audience par l'un des juges ; — les fonctions d'avoué sont supprimées (1). » Rappelons-nous les résultats désastreux de ces expériences éphémères ; la religion du juge surprise au lieu d'être éclairée ; de graves intérêts sacrifiés à cette ardeur de simplifier en économisant les frais, et gardons-nous des entraînements qui conduisent à faire d'une règle salutaire, si elle est appliquée avec discernement, un principe funeste dès que l'application en est trop exclusive. Des moyens diamétralement opposés peuvent amener, suivant la diversité des faits, à des résultats également justes et légitimes. La véritable sagesse consiste à choisir entre des moyens différents celui qui peut remplir le but qu'on se propose,

(1) Décret du 3 brumaire an II, art. 2, 3, 9 et 12.

et la justice a des voies diverses pour arriver à la consécration du droit ; cet art de guérir les souffrances que la mauvaise foi fait naître et que les passions irritent, n'a pas encore trouvé sa panacée. ART. 404.

J'ai dit que la procédure sommaire, lorsqu'elle est suivie devant les tribunaux ordinaires, est une procédure exceptionnelle. Elle est au contraire la règle générale devant les juridictions exceptionnelles. On peut en donner un double motif, l'un tiré de la nature des causes qui rentrent dans leur compétence, parce qu'elles présentent toujours les caractères quelquefois réunis, de la modicité, de l'urgence ou de la simplicité; l'autre qui repose sur l'organisation particulière de ces juridictions. Le ministère légal des avoués ne s'exerce pas devant elles; livrer aux parties ou à de simples mandataires la rédaction des écritures, c'eût été les exposer à d'irremédiables erreurs. On ne saurait trop méditer cette réflexion de Loyseau: « La faute ou mauvais jugement qui survient en la définitive se peut bien réparer en cause d'appel, mais *celle qui se fait en l'instruction est ordinairement irréparable* ; et d'ailleurs il est assez aisé de bien juger un procès bien instruit, mais il est presque impossible de



ART. bien juger un procès mal instruit (1). »

404. Les règles de la procédure devant les tribunaux d'exception seront l'objet d'un examen spécial ; je dois m'occuper ici de la procédure sommaire appliquée aux instances introduites devant les tribunaux ordinaires.

La classification des causes en ordinaires et sommaires présente, indépendamment des formes différentes de l'instruction, une haute importance au point de vue de l'organisation judiciaire, et aussi relativement à la taxe des dépens.

Aux termes de l'article 44 du décret du 30 mars 1808, la chambre des vacations ne peut connaître en matière civile que des causes sommaires et de celles qui requièrent célérité. Il a été jugé que l'incompétence de cette chambre pour les matières ordinaires est absolue, et qu'elle ne peut même pas être couverte par le silence des parties (2).

(1) De l'abus des justices de village.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 14 juillet 1830, Dalloz, 31, 1, 15; cour royale de Nancy, 27 juillet 1838, Dalloz, 38, 2, 185. — Il y avait une importance plus grande encore à distinguer les matières sommaires, sous l'empire du décret du 6 juillet 1810, art. 11, qui donnait au premier président le pouvoir de faire un rôle

Quant à la taxe des dépens, la base en est fort différente suivant que la demande est qualifiée ordinaire ou sommaire. — En matière ordinaire, tout acte du ministère de l'avoué lui donne droit à des honoraires déterminés, en dehors de ses déboursés (1). — Pour les matières sommaires, les frais taxés se bornent en général aux déboursés. La loi attribue à l'avoué, comme honoraires uniques mais spéciaux, un droit d'obtention de jugement qui varie suivant que le jugement est contradictoire ou par défaut, suivant le nombre des parties, et suivant l'élévation de la demande (2). Art. 404.

Cette application de la taxe aux matières

des *affaires sommaires* et de les renvoyer à la chambre des appels en matière correctionnelle, laquelle était tenue de donner pour leur expédition au moins deux audiences par semaine, et pouvait en connaître au nombre de *cinq juges*, aux termes d'un avis du conseil d'État, du 10 janvier 1813. — Mais une ordonnance du 24 septembre 1828 a tari la source de difficultés nombreuses, en décidant, art. 1, que les chambres des appels de police correctionnelle pourraient connaître des causes civiles *tant ordinaires que sommaires*, et ne pourraient prononcer qu'au nombre de *sept juges*.

(1) V. Tarif civil, tit. 2, chap. 2.

(2) V. Tarif civil, tit 2, chap. 1.

Art. 404. ordinaires ou sommaires n'est pas modifiée par les circonstances accidentelles de la procédure. Ainsi, lorsqu'en matière ordinaire les avoués n'auront pas signifié des moyens de défense ou des requêtes en réponse, ils ne pourront pas opter pour la taxe des matières sommaires, plus avantageuse peut-être, sous le prétexte qu'en fait leur procédure est sommaire. Leurs droits seront taxés à l'ordinaire, en prenant pour base, non les actes qu'ils auraient pu faire, mais ceux qu'ils ont réellement faits.

Dans l'examen des principes relatifs aux matières sommaires, il faut d'abord déterminer les causes dont la nature comporte et justifie certaines dérogations au droit commun. — Puis je préciserai la portée de ces dérogations au point de vue de la procédure.

Les matières sont réputés sommaires, — à raison de la *simplicité* des questions du procès; —de la *modicité* de l'intérêt; — ou de l'*urgence* de la demande.

1° Au nombre des matières sommaires à raison de la SIMPLICITÉ :

La loi place *les appels des juges de paix*.

Les tribunaux civils d'arrondissement connaissent au second degré de juridiction des demandes portées en première instance devant la justice de paix. La compétence du juge de paix ne s'exerce que sur des causes d'une facile décision à raison de leur simplicité, et presque toujours d'une faible importance à raison de leur valeur. Pour être portées en appel, ces sortes de demandes ne changent pas de nature; et bien qu'elles soient soumises à un tribunal ordinaire lorsqu'elles subissent le second degré de juridiction, la procédure sommaire continue de les régir, car ce n'est pas la juridiction qui fixe la nature et la qualité de la demande, mais la nature et la qualité de la demande qui déterminent la juridiction (1). Art. 404.

Le code indique ensuite les demandes *pures personnelles* à quelque somme qu'elles puissent monter, *quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté.*

Cette disposition, motivée sur la simplicité

(1) La loi ne parle pas ici des appels des tribunaux de commerce, quoiqu'ils soient réputés matières sommaires (code de commerce, art. 648). C'est que notre titre a pour objet de régler la procédure sommaire devant les tribunaux civils de première instance et non devant les cours.

Art. 404. de la question qui naît du procès, n'était pas comprise dans l'énumération de l'ordonnance. Elle présente d'assez graves difficultés d'application.

On sait ce qu'il faut entendre par demandes *pures personnelles*, et en quoi elles diffèrent des actions *réelles* ou *mixtes*. D'après les véritables principes, c'est en remontant à la cause de l'action que l'on détermine sa nature personnelle ou réelle. — Née d'une obligation qui n'a pas engendré le droit de propriété, elle est purement personnelle ; — elle est réelle si le droit de propriété est sa cause unique; — mixte, lorsque reposant sur une obligation qui a constitué au profit du créancier le droit de se dire propriétaire, l'action trouve dans celui contre lequel on la dirige, la double qualité de débiteur et de détenteur.

Mais ces principes, incontestables au point de vue de la théorie, ne répondent qu'imparfaitement à la pensée du législateur. Dans la terminologie du code de procédure, ces mots *demande personnelle* équivalent à ceux-ci, *demande mobilière;* et d'un autre côté la loi ne semble reconnaître d'autres actions *réelles* ou *mixtes* que les actions *immobilières* (1).

(1) V. code de proc., art. 59, et tome 1, p. 76.

Cependant, la confusion était facile à éviter, car si l'action est réputée personnelle, réelle ou mixte, suivant la diversité de son *origine* ou de sa *cause*, c'est d'après son *objet* qu'elle doit être réputée mobilière ou immobilière (1). Cette insuffisance dans l'expression n'a pas échappé au législateur moderne. Lorsqu'il procédait à une classification nouvelle des actions soumises à la juridiction des juges de paix, et qu'il déterminait sur de nouvelles bases le dernier ressort des tribunaux civils de première instance, il a eu soin de mieux préciser une distinction que les termes du code n'indiquent pas suffisamment ; à cette expression *demande personnelle*, il a substitué celle d'action *personnelle et mobilière*, et réuni les actions réelles ou mixtes, sous la dénomination d'actions immobilières (2).

ART. 404.

En interprétant ainsi les expressions employées par l'article 404, on décidera que toute action ayant pour objet une chose mobilière, si d'ailleurs elle se présente avec le concours des autres conditions exigées, rentre dans les prévisions du texte. Peu importe

(1) Code civil, art. 526 et 529.

(2) Lois du 11 avril 1838, art. 1, et du 25 mai 1838, art. 1.

Art. 404. que l'action ait un caractère purement réel, pourvu que la revendication ait un meuble pour objet (1) ; de même il ne faudrait pas avoir égard à la personnalité de l'action, si l'objet de la créance était une chose immobilière (2).

Mais pour que l'action mobilière, à quelque valeur qu'elle s'élève, puisse être réputée matière sommaire, il faut, dit la loi, qu'il y ait titre, et que ce titre ne soit pas contesté.

Ceci présente de graves difficultés. Sans doute l'intention du législateur est évidente : l'instruction ordinaire soumettrait à d'inutiles complications la marche d'un procès qui n'a d'autre objet que d'obtenir du juge la sanction exécutoire en faveur d'un droit appuyé sur un titre non contesté par l'adversaire. Mais pourquoi ne pas tenir la même règle lorsque le droit fondé sur un titre non con-

(1) Par exemple, dans le cas prévu par l'art. 2279, § 2, code civil.

(2) Il est assez difficile, en présence des art. 711 et 1138 du Code civil, de donner un exemple d'une action purement personnelle immobilière ; c'est cependant ce qu'a tenté M. Troplong dans son traité de la Vente, tome 2, n° 807.

testé a pour objet une chose immobilière? Peut-être s'est-on préoccupé de cette idée que les demandes immobilières présentaient une plus haute importance que les autres, *vilis mobilium possessio*. Toutefois cette explication ne serait pas complétement satisfaisante, car on rencontrera bientôt des hypothèses dans lesquelles les rédacteurs du code de procédure ont considéré comme matières sommaires certaines contestations relatives aux immeubles. On s'expliquera bien mieux cette distinction entre les demandes mobilières et les demandes immobilières, si l'on observe que l'action mobilière étant presque toujours personnelle, le demandeur fondé en titre non contesté a cependant intérêt à se pourvoir devant la justice; car, en matière personnelle, la reconnaissance du droit n'équivaut pas au payement, parce que le débiteur peut se trouver au moment de la demande dans l'impossibilité de se libérer. Le demandeur agira donc pour obtenir un titre exécutoire qui lui permette de réaliser son droit par voie de saisie, ou de le garantir par l'hypothèque. — Au contraire, l'action immobilière étant en même temps réelle, une demande en justice est inutile, si l'on suppose le droit reconnu, car la reconnais-

ART. 404.

Art. 404. sance émanant de celui qui se trouve en possession de l'immeuble, se confond avec la délivrance que le détenteur est toujours en position d'effectuer. Pour supposer une action immobilière portée devant les tribunaux, il faut donc nécessairement se placer dans l'hypothèse d'une contestation sur le titre ou sur son exécution.

Ces préliminaires posés, il faut rechercher le sens de ces expressions : *quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté.*

La reconnaissance du droit doit-elle équivaloir à la reconnaissance du titre? en d'autres termes, l'affaire doit-elle être réglée comme sommaire lorsqu'il y a simple promesse verbale non contestée par l'adversaire? — Si l'on s'attache aux termes de la loi, la négative n'est pas douteuse. L'intention du législateur devient plus manifeste encore, si l'on rapproche de la disposition soumise à notre examen la disposition du paragraphe qui suit. On voit par l'opposition établie entre l'un et l'autre texte, qu'il y a identité au point de vue qui nous occupe, entre la demande formée *sans titre* et celle qui repose *sur un titre contesté*. Il est vrai que le ministère du juge est également

simplifié, soit qu'il y ait titre non contesté, soit qu'en l'absence de titre, il y ait reconnaissance du droit prétendu; mais la différence entre les deux hypothèses, soit dans le mode de procédure, soit dans la qualification de l'affaire, résulte d'un principe général dont cette différence n'est qu'une application; principe fondamental en cette matière et dont les conséquences se présenteront plus d'une fois (1). C'est que la demande pour être réputée sommaire doit se trouver dès le début de l'instance dans les conditions exigées par la loi. — Sans doute il peut se faire que la demande, provisoirement classée au nombre des matières sommaires, rentre par le développement et la direction de la défense dans la catégorie des affaires ordinaires. C'est un retour au droit commun. Ainsi la demande basée sur un titre sera réputée sommaire jusqu'à la contestation qui lui restitue la qualité de matière ordinaire. — Mais l'instance saisie dès son principe de la qualité d'instance ordinaire, ne peut plus perdre cette qualité par le fait ultérieur des parties. La demande est-elle formée sans titre, elle comportera la procédure ordinaire. L'aveu, la reconnaissance plus ou

ART. 404.

(1) V. *infrà*, p. 29.

Art. 404. moins explicites de l'autre partie, loin de se détacher de l'instruction, pour en changer la nature, en sont au contraire le produit et la partie intégrante. Ces concessions du défendeur n'exerceront pas plus d'influence sur la qualité de la demande que n'en exercerait le désistement du demandeur. En fait, les écritures pourront devenir inutiles à raison de cet accord entre la demande et la défense : elles pourront être rejetées de la taxe comme frustratoires, mais la taxe devra néanmoins être faite comme en matière ordinaire.

Il est presque inutile d'observer que si la promesse, verbale dans le principe, a été reconnue antérieurement à l'instance dans un acte extrajudiciaire, par exemple dans le procès-verbal qui constate la tentative de conciliation, la demande devrait être considérée comme reposant sur un titre et par conséquent réputée sommaire, sauf contestation ultérieure.

Mais une autre difficulté s'élève sur l'extension qu'il convient de donner à ces mots : pourvu que le titre *ne soit pas contesté*. — On s'accorde à reconnaître qu'il faut entendre ceci d'une contestation qui porterait sur l'existence matérielle du titre ou sur sa validité,

comme s'il était argué de faux, dénié, méconnu, ou attaqué pour cause de nullité de forme (1); on reconnaît aussi qu'il y a contestation dans le sens de la loi, lorsque la défense soulève contre l'acte ou contre l'obligation qu'il constate, des moyens qui s'attaquent à sa substance, par exemple les moyens tirés de l'erreur, du dol, de la fraude, de la lésion, de la simulation, de l'incapacité de celui qui s'est obligé, ou de ce que l'obligation aurait été contractée sans cause, sur une fausse cause, ou sur une cause illicite (2). Dans toutes ces hypothèses, le procès devrait être instruit à l'ordinaire. Art. 404.

Si les moyens de défense supposent au contraire la validité préexistante du titre et de l'obligation, si le défendeur se borne à soutenir que l'obligation constatée par le titre *a cessé d'exister*, l'accord n'est plus le même entre les commentateurs, et le plus grand nombre sou-

(1) Carré et Chauveau, Lois de la procédure, quest. 1470; Pigeau, Comment., t. 1, p. 699; Favard de Langlade, tome 5, p. 551. — M. Demiau, p. 286, est le seul qui élève des doutes sur ce point.

(2) V. les auteurs cités à la note qui précède. Pour ce cas, M. Demiau est d'avis qu'il y a contestation dans le sens de la loi.

Art. 404. tient avec la jurisprudence que, le titre n'étant pas contesté dans le sens de la loi, l'affaire doit être soumise à la procédure sommaire (1). Cette solution me semble inadmissible. Elle s'appliquerait, suivant la doctrine que je combats, au cas où l'on opposerait le payement, la novation, la remise, la compensation, la confusion, la prescription. Mais qu'importe cette subtile distinction entre le titre ou l'obligation contestés dans leur existence originaire et le titre ou l'obligation contestés dans leur existence actuelle? La défense se résume ainsi dans l'une et l'autre hypothèse : le titre n'existe pas, il est inefficace et ne peut servir de base à la demande.

Accordons, si l'on veut, qu'il y ait en théorie une différence importante entre les effets de la libération et ceux d'une nullité ou d'une rescision, bien que le code civil les ait concurremment énumérées comme modes d'extinction des obligations (2) : cette différence,

(1) V. Bibliothèque du barreau, 1re partie, tome 3, p. 24, et Carré, quest. 1470. V. aussi arrêts de la cour de cassation, 13 novembre 1823, 30 janvier 1827 et 18 mars 1829. — M. Rodière enseigne qu'il y a *titre contesté* dans l'hypothèse prévue, tome 2, p. 260.

(2) Code civil, art. 1234.

féconde sous d'autres aperçus, est sans application à la règle dont nous mesurons la portée. La difficulté que soulève une défense tirée de la compensation, ou de la novation, de la confusion, ou de la prescription, n'exige-t-elle pas une instruction aussi développée et des garanties aussi sérieuses que la défense basée sur une nullité de forme ? — C'est contester la demande et respecter le titre, objectent ceux qui tiennent pour la distinction ! Est-ce donc respecter le titre que de contester son existence actuelle ou sa valeur légale, et l'objection n'a-t-elle pas l'apparence d'une équivoque ? « Quelqu'un en mes jours, dit Montaigne, estant reproché par le roy d'avoir mis les mains sur un presbtre, le nioit fort et ferme : c'estoit qu'il l'avoit battu et foulé aux pieds (1). » Art. 404.

Toutefois il n'y aurait pas contestation dans le sens de la loi, si la discussion portait exclusivement sur l'interprétation de quelques clauses secondaires insérées au titre. Dans ce cas on ne peut pas dire que le titre soit contesté, car il est accepté par les deux parties comme la loi qui doit les régir. Loin de l'attaquer, elles l'invoquent ou s'y soumettent ; c'est une base commune à la demande et à la défense.

(1) Essais, liv. 1, chap. 41.

Art. 404. En somme, il résulte de ce qui précède que l'application de notre texte doit se présenter assez rarement, puisqu'elle se trouve restreinte au cas où l'action, étant mobilière, repose sur un titre antérieur à la demande, dont l'existence et la valeur *actuelles* ne sont pas contestées. Aussi le jugement, en de semblables circonstances, sera-t-il presque toujours prononcé par défaut, à moins que la partie n'ait intérêt à comparaître, soit pour contester seulement des clauses accessoires du titre, soit pour obtenir un délai de grâce, soit pour acquiescer à la demande.

2° Doivent être réputées sommaires à raison de leur MODICITÉ :

Les demandes formées sans titre, lorsqu'elles n'excèdent pas mille francs.—Il faut rapprocher ce texte de la disposition d'une loi nouvelle, celle du 11 avril 1838 : « Les tribunaux civils de première instance connaîtront, en dernier ressort, des actions personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de quinze cents francs de principal, et des actions immobilières jusqu'à soixante francs de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail. — *Ces actions*

seront instruites et jugées comme matières sommaires. » Art. 404.

Le principe écrit dans notre code a reçu de la loi nouvelle une extension correspondante à l'extension de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance. Le principe est en outre appliqué d'une manière expresse aux actions immobilières de nature à être jugées sans appel.

C'était une disposition formelle de nos anciennes ordonnances, que la modicité du litige, en matière pure personnelle, suffisait pour soumettre la cause à la procédure sommaire, quelle que fût d'ailleurs la difficulté plus ou moins ardue que présentât la question à résoudre; c'est, comme le disait Charles VIII dans son ordonnance de 1490, afin que *les frais ne montent plus que le principal.* Cependant cette royale sollicitude *pour relever le peuple des grands frais, dans les procès qui se font de petites choses,* rencontra maintes fois un obstacle dans les résistances intéressées des ministres de la justice (1).

(1) On connaît l'épigramme du bon roi Louis XII contre les juges de son temps : *Cum per Lutetiam obambulans, obvios haberet quosdam è senatu qui raptim ad curiam properarent : Annon, inquit, hi ad nundinas videntur proficisci?* (Annal. Franciæ.)

Art. 404. On cite, au nombre des monstruosités de ce genre, le fait du juge de Niort « qui, ayant souffert procéder *ordinairement* deux parties pardevant lui pour CINQ SOLS, fut condamné, par arrêt du 27 mai 1544, à comparaître en personne en la cour, et le procès annullé, sauf aux parties leur recours contre leurs avocats et procureurs pour leurs dépens et dommages-intérêts (1). »

Il n'a fallu rien moins que le travail d'une révolution pour dégager cette vérité si simple : qu'il est toujours périlleux de créer une incompatibilité entre l'intérêt de la loi et l'intérêt du juge chargé de la faire respecter (2).

Lorsque la demande ne s'élève pas au-delà de quinze cents francs, il importe peu qu'il y ait titre ou qu'il n'y en ait pas, que le titre, s'il en existe, soit ou non contesté. C'est en ce sens que doit être interprétée la disposition de l'article 404 ; car, en parlant des demandes réputées sommaires à raison

(1) V. Brillon, v° matières sommaires, et Papon, liv. 9, tit. 2, n° 1.

(2) « La vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours : les juges *rendront gratuitement la justice* et seront salariés par l'Etat. » (Loi du 16 août 1790, tit. 2, art. 2.)

de leur valeur, le législateur a voulu sans Art. 404.
aucun doute établir une sorte d'antagonisme entre cette disposition et celle qui précède. Il venait de dire que la demande, quelle que fût sa valeur, serait sommaire, pourvu qu'elle reposât *sur un titre non contesté;* il décide maintenant que la demande, *même formée sans titre*, sera sommaire pourvu qu'elle n'excède pas les limites du dernier ressort. Si l'absence du titre n'empêche pas que la demande ne soit traitée comme sommaire, à plus forte raison doit-il en être ainsi lorsqu'il existe un titre, ce titre fût-il contesté (1). Au surplus la généralité des termes de la loi de 1838 ne permet plus aucun doute sur ce point.

La seule condition exigée pour que la demande soit instruite et jugée comme sommaire, c'est qu'elle n'excède pas les limites du dernier ressort. Entre ces deux idées, matière sommaire, dernier ressort, existe une corrélation que la loi de 1838 a clairement indiquée. Aussi, lorsqu'il s'agira de calculer la somme dont l'évaluation détermine l'application de la procédure

(1) M. Carré a soutenu l'opinion contraire; c'est ce qui résulte d'une consultation rapportée par M. Chauveau, Lois de la procédure, n° 1470 *bis*.

ART. 404. sommaire, ne faudra-t-il prendre pour base que les valeurs qui doivent entrer en ligne de compte pour fixer le taux du premier ou du dernier ressort. — Ainsi l'on négligera dans ce calcul les intérêts échus depuis la demande, ou les dommages-intérêts fondés exclusivement sur la demande principale elle-même; on appliquera enfin les règles qui déterminent l'influence des demandes reconventionnelles ou en compensation sur le taux du premier ou du dernier ressort (1).

Toutefois il ne serait pas exact d'en conclure que la procédure subisse nécessairement le contre-coup des fluctuations diverses que les prétentions des parties imposent à la demande originaire.

Le taux du ressort peut être modifié, soit par l'extension, soit par la restriction des conclusions du demandeur; les conclusions du défendeur peuvent exercer aussi la même influence. Sans doute, lorsque pendant le cours de l'instance, une demande formée d'abord dans les limites du dernier ressort, s'agrandit et se développe, soit par des conclusions additionnelles, soit par l'effet de la reconvention, la procédure sommaire cesse de la régir, et l'in-

(1) Loi du 11 avril 1838, art. 1 et 2.

struction ordinaire devient seule applicable ; Art. 404.
mais il n'en est pas ainsi dans le cas inverse.

Si par exemple le demandeur, après avoir formé, sans titres ou en vertu de titres contestés, une demande supérieure à quinze cents francs de principal, restreignait plus tard ses conclusions à une valeur inférieure à cette somme, la restriction qui soumettrait l'instance aux règles du dernier ressort n'enlèverait pas à la demande sa qualité primitive, et la laisserait soumise à la procédure ordinaire jusqu'au jugement à intervenir. La qualification ordinaire ou sommaire ne s'attache pas à des actes isolés, mais à l'instance entière, ou à une période du procès terminée par un jugement. On ne saurait admettre l'application d'une double taxe suivant laquelle il faudrait tarifer d'abord, comme en matière ordinaire, les actes signifiés avant la restriction de la demande, et allouer en outre, comme en matière sommaire, le droit de jugement qui, en général, ne doit jamais être cumulé avec d'autres émoluments (1). Dès lors, s'il faut choisir entre les deux qualités celle qui doit prédominer, c'est évidemment le droit commun qui, dans ce con-

(1) V. art. 67 du tarif et *supra*, p. 11; je signalerai quelques exceptions à ce principe.

Art. 404. flit, efface et absorbe le caractère exceptionnel; c'est la qualité de matière ordinaire dont l'empreinte se conserve exclusivement, si pendant un instant, soit au début, soit à l'issue du procès, la demande a dépassé les limites du dernier ressort.

Cependant si le juge, en statuant sur ces conclusions volontairement restreintes à une valeur inférieure au taux du dernier ressort, prononçait un avant-dire-droit, je reconnaîtrais que cette phase nouvelle de l'instance, à partir du jugement interlocutoire, devrait être soumise à la procédure sommaire. Le juge a consacré les nouveaux rapports des parties, et son jugement est le point de départ d'une instruction nouvelle qui s'applique exclusivement à ce qui reste encore debout des prétentions originaires. La loi, je le justifierai bientôt, reconnaît à certains incidents, même à ceux qui ont pour objet l'instruction du procès, une nature distincte de la condition inhérente à l'instance principale. Quelquefois l'incident est instruit sommairement, quoique le procès au fond soit réglé à l'ordinaire (1); quelquefois aussi l'incident comporte la procédure ordinaire, quoiqu'il se rattache à une

(1) V. *infra*, p. 37.

demande sommaire (1). C'est que, si l'instance est une dans son ensemble, et si chacun de ses éléments concourt au dénoûment du drame judiciaire, il faut aussi, relativement à l'instruction, considérer isolément chacune de ces périodes successives que marque la décision du juge, et qui se détachent de la demande originaire, sinon quant à leur but, du moins quant à leur importance et à la variété de leurs formes. ART. 404.

On appliquera les mêmes solutions au cas où les offres du défendeur faites et réalisées *depuis l'instance* réduiraient l'intérêt de la demande *formée sans titre* à une valeur inférieure au taux du dernier ressort. La cause, ordinaire dans le principe, conservera ce caractère jusqu'au jugement à intervenir, quoiqu'elle ne soit plus susceptible d'appel. — Il en serait autrement si les offres, même non réalisées, mais constatées par écrit, avaient précédé l'instance, car elles constituent, en faveur du demandeur, un titre jusqu'à concurrence de la somme offerte; de sorte que celui-ci n'agit sans titre que pour le surplus dont le montant est inférieur à quinze cents francs. La matière est donc sommaire d'après la combinaison de deux

(1) V. *infra*, p. 76.

Art. 404. principes, car il y a titre non contesté pour une partie du litige, et, s'il y a absence de titre, quant à l'autre partie, c'est pour une somme inférieure au taux du dernier ressort. — La cause devrait être classée comme sommaire, par suite de la même combinaison, si, la demande supérieure à quinze cents francs étant fondée en titre pour le tout, le défendeur ne contestait ce titre que pour une somme inférieure au taux du dernier ressort.

Enfin si les parties, renonçant d'avance à la faculté d'interjeter appel, avaient consenti à être jugées en dernier ressort, cette volonté, efficace en ce qui touche la renonciation au droit d'appel, n'enlèverait pas à la demande sa qualité de matière ordinaire, parce qu'il n'est pas au pouvoir des parties de changer, par leurs conventions privées, les règles qui se rattachent à l'administration de la justice.

Examinons maintenant l'influence de la modicité du litige en ce qui concerne les actions immobilières.

Il y a peu d'intérêt à rechercher si la loi de 1838 a introduit une innovation en soumettant les demandes immobilières à la procédure sommaire, lorsqu'elles ne dépassent pas une

certaine valeur, ou si le principe existait déjà dans le code de procédure, et fut seulement organisé sur des bases plus larges par les nouveaux législateurs. « On peut soutenir, disait le garde des sceaux devant la chambre des pairs, que le texte actuel de l'article 404 s'étend à ces causes (les causes immobilières) dans les limites réglées par la loi de 1790 (1). » — Les innovations nous effrayent, et le meilleur moyen de persuader les esprits, c'est de leur présenter une idée non comme récemment éclose, mais comme ayant grandi peu à peu sous la tutelle du passé. — Malgré quelques objections, le principe fut accueilli. ART. 404.

A mes yeux c'est une innovation. Le code de procédure, en parlant des demandes formées sans titre, et qui n'excèdent pas mille francs, n'avait en vue que les actions personnelles et mobilières. Il est vrai que le texte ne précise pas cette restriction, comme dans le paragraphe qui précède, mais elle ressort suffisamment de ces derniers mots : *lorsqu'elles n'excèdent pas mille francs*. Jamais la valeur du litige en matière immobilière n'a dû se déterminer par le capital ; la seule base légale d'apprécia-

(1) Séance du 7 mars 1838; Moniteur du 8 mars, p. 509, col. 2.

Art. 404. tion, c'est le revenu. Ce principe, consacré par la loi du 16 août 1790 (1), dominait les textes du code de procédure. Comment supposer que le législateur ait admis deux modes d'évaluation, l'un basé sur le revenu en ce qui concerne le premier ou le dernier ressort, l'autre sur le capital en ce qui concerne l'instruction? Le mode d'évaluation par le capital est spécial aux demandes mobilières; donc le texte du code ne pouvait régir que ces demandes, puisque seules elles étaient soumises au mode d'appréciation qu'il indique.

On ne peut qu'applaudir à l'intention de la loi nouvelle. En partant de ce principe, que l'instruction serait sommaire lorsque le procès présenterait un intérêt modique, il n'y avait aucune raison de distinguer entre les actions mobilières ou immobilières, sauf le mode d'évaluation. Cependant, sur ce terrain aride et si négligemment exploré des lois de la procédure, on a vu s'établir une vive controverse pour contester l'opportunité de faire une part plus grande à la procédure sommaire. Trois hommes, dont on ne peut méconnaître la haute intelligence et les idées progressives, se

(1) Tit. 4, art. 5.

trouvèrent en désaccord lors de la discussion du projet. M. Billault le repoussait; M. Michel de Bourges et M. Teste l'appuyaient de leur autorité. Chacun d'eux apportait dans ce débat des préoccupations diverses. ART. 404.

M. Billault ne voyait dans les procès immobiliers que l'extrême difficulté des questions à résoudre. Sa raison semblait répugner à concevoir que, les complications restant les mêmes quel que fût d'ailleurs l'intérêt du procès, l'instruction qui tend à éclairer le juge pût être modifiée suivant la valeur du litige. Il tenait peu de compte de l'économie des frais et la proclamait insignifiante ; et, plaçant en première ligne *le triomphe du droit et de la vérité*, il n'estimait l'intérêt du procès que suivant la proportion des difficultés qu'il soulève (1).

M. Michel de Bourges se passionnait au contraire pour la disposition nouvelle. Il félicitait le gouvernement *d'entrer dans une voie admirable, en essayant enfin s'il est possible de rendre une justice excellente et à bon marché*. A ses yeux ce n'était là qu'un *magnifique essai*. Homme pratique, il devinait sans doute ce qu'il y aurait d'illusions et d'espérances

(1) Séance du 22 février 1838, Moniteur du 23 février, p. 391, col. 1.

ART. 404. avortées dans l'application du texte soumis à la discussion ; mais il y voyait un germe que le temps développerait bientôt. Puis, quand l'application de la procédure sommaire aux actions immobilières d'une modique valeur serait un problème résolu, M. Michel pourrait dire, en retournant l'objection de M. Billault : Si la procédure sommaire suffit à résoudre les difficultés d'une action immobilière d'un minime intérêt, pourquoi ne l'étendrait-on pas à toutes les actions, puisque leurs difficultés ne sont pas plus grandes ? Alors, suivant l'expression de ce fils des législateurs de l'an II, on pourra supprimer *les requêtes dévorantes* et soumettre au niveau d'une loi commune tous les procès grands ou petits (1).

M. Teste s'attacha principalement à démontrer que la procédure sommaire donnait des garanties suffisantes, et qu'elle présentait, surtout pour l'audition des témoins, des avantages considérables sur l'instruction ordinaire (2).

Dans cette discussion, M. Billault faisait en-

(1) Séance du 22 février 1838, Moniteur du 23 février, p. 391, col. 2.

(2) Séance du 22 février 1838, Moniteur du 23 février, p. 391, col. 2.

tendre le langage d'une philosophie trop inflexible; M. Michel de Bourges parlait en homme politique, M. Teste en jurisconsulte. Art. 404.

Certes M. Billault avait raison de dire que la procédure ordinaire, avec ses délais ménagés à la défense, ses significations qui éloignent le danger des surprises, est une protection bien plus efficace que la procédure sommaire, si avare de formalités.

Mais la procédure sommaire présente l'avantage d'économiser le temps, avantage qui correspond à l'urgence de l'affaire, ou à la simplicité du procès ; elle présente surtout une grande économie de frais, avantage inappréciable si l'intérêt du procès est modique (1).

Qu'importe, objecte-t-on, la modicité du litige, c'est la grandeur de la question qu'il faut voir ; avant tout, il faut que le juge soit éclairé ! —Cette objection serait sans réplique si la justice n'était que l'écho de théories abstraites ou d'une science purement spéculative. Mais il est un élément qui tient une

(1) On peut évaluer à une économie de moitié environ la différence entre les frais d'une instruction ordinaire, telle qu'elle est tracée par le Code, et les frais d'une procédure sommaire, en supposant même que l'affaire soit jugée sur les titres, sans enquête ni expertise.

Art. 404. grande place dans la distribution de la justice, et que l'on néglige souvent en s'élevant aux abstractions de la philosophie : cet élément, c'est l'utile. S'il faut sacrifier tous les intérêts *au triomphe du droit et de la vérité*, enlevez au juge de paix, si vous l'osez, ces causes si modiques par leur objet, et quelquefois d'une solution si difficile; soumettez à la procédure ordinaire et à l'appel les causes les plus minimes, lorsqu'elles mettent en jeu les théories les plus ardues; et demandez ensuite au pauvre paysan vainqueur dans cette lutte ce qu'il a gagné, toute compensation faite, au triomphe de la vérité; à l'autre, ce qu'il en coûte pour illuminer un point de droit et dégager une théorie. Gardons-nous d'oublier cette sage maxime de nos pères : *A peu de chose, peu de plaid.*

Il est cependant un reproche que l'on peut justement adresser à la loi nouvelle; son principe est bon, mais l'application en est tellement rare que toute controverse sur la valeur du principe est presque superflue. Pour que l'action immobilière soit soumise à la procédure sommaire, il faut qu'elle dépasse les limites du dernier ressort. La loi de 1790 avait fixé cette limite à cinquante francs de revenu

déterminé soit en rente, soit par prix de bail : la loi de 1838 l'a reculée jusqu'à soixante francs de revenu déterminé de la même manière. Art. 404.

Sous l'empire de la loi de 1790, on n'a peut-être jamais vu d'exemple d'un jugement rendu en dernier ressort sur une matière immobilière, tant il est rare que l'on se trouve dans les conditions exigées par la loi (1). Il est probable que la loi de 1838 ne sera pas d'une application plus fréquente. Il eût fallu trouver un autre élément d'appréciation. On avait proposé de prendre pour base l'impôt foncier jusqu'à un chiffre déterminé (2). Ce mode d'évaluation ne répondait pas à toutes les objec-

(1) M. Persil a déclaré, devant la chambre des députés, que dans sa longue pratique il avait vu juger en dernier ressort des actions immobilières par application de la loi de 1790. On lui répondit : Jamais! jamais! (Moniteur du 23 février 1838, p. 390, col. 3.) Dans tous les cas, on ne peut nier que l'application de la loi ne fût infiniment rare.

(2) On proposa de fixer le chiffre de dix francs, puis celui de cinq francs, comme moyen de déterminer par l'impôt foncier la valeur de la demande immobilière sur laquelle les tribunaux de première instance pourraient statuer en dernier ressort. Séance de la chambre des députés du 22 février 1838; Moniteur, 23 février, p. 390, col. 1.

Art. 404. tions; mais il l'emporterait de beaucoup sur la loi de 1790, que M. Odilon Barrot disait être inapplicable et inappliquée. Il vaudrait mieux, a-t-il ajouté, la rayer de nos codes, que d'y laisser figurer une disposition inefficace (1). Cependant on l'a conservée en se soumettant à son inefficacité dans l'avenir. Maintenons-la dans nos codes en faveur du principe qu'elle consacre ; mais faisons des vœux pour que d'autres législateurs ne soient pas condamnés au supplice d'entrevoir le bien sans pouvoir le réaliser.

3° Sont réputées matières sommaires à raison de L'URGENCE :

Les demandes provisoires ou qui requièrent célérité ; la loi ajoute : *les demandes en payement de loyers et fermages et arrérages de rentes.*

C'est la reproduction du texte de l'ordonnance de 1560, qui enjoignait aux juges de vider sur-le-champ à l'audience les différends qui ne requièrent ample connaissance et expédition. — C'est ce que disait encore l'ordon-

(1) Séance du 22 février 1838, Moniteur du 23 février, p. 390, col. 1.

nance de 1667, en déclarant, après une longue énumération, que « *tout ce qui requiert célérité et où il peut y avoir péril en la demeure* est réputé matière sommaire, jusqu'à la somme ou valeur de mille livres (1). »

Les demandes provisoires sont celles qui se détachent d'une autre demande et qui ont pour objet de faire ordonner une mesure préalable en attendant le jugement au fond, et sans préjudicier aux droits des parties. Ces sortes de demandes sont toujours célères de leur nature.

Il en est de même des demandes en payement de loyers, fermages et arrérages de rente; leur destination est de subvenir aux besoins de la famille. Le principe unique est donc ici l'urgence ou la célérité.

L'ordonnance de 1667 contenait, je l'ai déjà dit, une longue énumération des causes célères. Ses dispositions peuvent encore aujourd'hui servir à déterminer les demandes qui se trouvent comprises dans la rédaction générale du code de procédure. Seulement il fallait, suivant l'ordonnance, pour appliquer la procédure sommaire, que l'urgence concourût avec une autre condition, c'est-à-dire que l'objet du procès ne dépassât pas mille livres. Le code de procédure

(1) Tit. 17, art. 5.

Art. 404. n'exige que la condition d'urgence. Enfin l'énumération de l'ordonnance comprenait exclusivement des causes personnelles et mobilières; la généralité de la disposition du code embrasse même les actions immobilières qui présenteraient le caractère exigé.

Ce serait une tâche difficile que de tracer un tableau complet de toutes les causes qui peuvent rentrer dans la catégorie des matières célères. Pour quelques-unes le législateur s'est formellement expliqué, soit dans le code civil, soit dans le code de procédure (1), soit enfin dans certaines dispositions spéciales, par exemple dans la loi du 21 mai 1836, art. 20, qui veut que les actions civiles intentées par les communes, ou dirigées contre elles, relative-

(1) Voyez Code civil, art. 177 et 178, demandes en mainlevée d'opposition au mariage; — 449, exclusions ou destitutions de la tutelle; — Code de procédure, art. 391, demande pour faire procéder à une opération sans attendre que l'appel sur la récusation du juge-commissaire soit vidé; — 608, revendication de meubles saisis; — 718 (nouveau), incidents de saisie immobilière; — 805, demandes en élargissement; — 832, réception de caution pour surenchère. — Je n'indique ici que les textes sur lesquels il ne peut s'élever aucune difficulté. Je compléterai bientôt la nomenclature.

ment à leurs chemins, soient jugées comme affaires sommaires et urgentes, conformément à l'article 405 du code de procédure. Le plus souvent on ne trouve dans les textes que des raisons d'analogie : — ainsi, en se reportant à l'article 135 du code de procédure, on voit que la loi, pour conférer au juge *la faculté* d'ordonner l'exécution provisoire avec ou sans caution, s'est évidemment déterminée par le caractère urgent de la contestation. Le même motif doit soumettre les mêmes causes à la procédure sommaire (1). Par là se trouve résolue, suivant moi, une question controversée, celle de savoir si les demandes de *pensions alimentaires* doivent être instruites sommairement. Oui, sans doute, il doit en être ainsi, car c'est précisé-

ART. 404.

(1) Ce sont : les demandes d'apposition de scellés ou confection d'inventaire ; — de réparations urgentes ; — d'expulsion des lieux, lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré ; — ou s'il s'agit de séquestres, commissaires et gardiens ; — de réceptions de caution et certificateurs ; — de nominations de tuteurs, curateurs et autres administrateurs, et de reddition de compte ; — de pensions ou provisions alimentaires. — Remarquez que c'est la demande en reddition de compte qui doit être instruite sommairement, et que l'apurement du compte exigera presque toujours une instruction par écrit.

Art. 404. ment *parce qu'elles requièrent célérité* que le juge est exceptionnellement investi du droit de prononcer l'exécution provisoire de sa sentence (1). — L'article 49 de notre code fournit une autre source de décisions : certaines causes sont dispensées *comme célères* du préliminaire de conciliation : ce sont les demandes de mise en liberté, en mainlevée de saisie ou opposition ; celles des avoués en payement de leurs frais, les demandes en vérification d'écriture, les demandes sur les saisies, sur la remise des titres, ou sur leur communication. Nous y retrouvons aussi les demandes en payement de loyers ou fermages. Toutes ces causes, à raison de leur célérité, devront être soumises à la procédure sommaire.

Il est cependant nécessaire de s'attacher à la solution de quelques difficultés assez graves, en présence desquelles la doctrine et la jurisprudence hésitent encore.

Une demande en validité de saisie-arrêt est-elle réputée matière sommaire? Pour que

(1) M. Chauveau croit devoir distinguer entre les demandes de pensions et de provisions alimentaires. Lois de la procédure, quest. 1472.

la question présente quelque intérêt, il faut supposer que la demande dépasse quinze cents francs, et qu'elle soit formée sans titre, ou en vertu d'un titre contesté. Il faut supposer aussi que si le demandeur, au lieu de débuter par voie de saisie-arrêt, eût porté directement son action devant les tribunaux, elle n'aurait pas présenté les caractères de l'urgence, et qu'elle eût dû subir les formes et les délais de l'instruction ordinaire; il faut se préoccuper exclusivement de l'influence que doit exercer sur l'instruction du procès cette circonstance qu'une saisie-arrêt est pendante au moment où l'instance est introduite.

ART. 404.

La question est difficile. Cependant, ne peut-on pas dire qu'il y a toujours urgence à restituer au citoyen la libre disposition de son patrimoine? La loi elle-même n'a-t-elle pas consacré cette urgence en imposant au saisissant l'obligation de porter dans un délai fort court sa demande en validité devant les tribunaux (1)? Ne peut-on pas ajouter que si le saisissant demande la validité de la saisie le défendeur conclut apparemment à en obtenir mainlevée, ce qui soulève de sa part une prétention évidemment célère; qu'enfin l'article 49 du code

(1) Code de procédure, art. 563.

ART. 404. de procédure semble ranger indistinctement parmi les matières célères toutes les demandes sur les saisies ?

On oppose à ces raisons de décider un texte du tarif. Il est vrai qu'au chapitre *des matières ordinaires*, articles 70 et 92, on trouve certains droits accordés à l'avoué du tiers saisi pour faire et signifier la déclaration affirmative; on en tire cette conséquence que la demande en validité peut être dans certains cas instruite comme ordinaire, puisque la loi passe en taxe des droits qui ne pourraient être dus si l'affaire était soumise au tarif inflexible qui régit les matières sommaires.

C'est évidemment confondre. L'instance en validité ne met en jeu que les intérêts du saisissant et ceux du saisi. La saisie est-elle validée, ses effets se trouvent épuisés et le créancier judiciairement subrogé dans les droits de son débiteur. Le tiers saisi ne peut être assigné en déclaration affirmative qu'après la saisie déclarée valable, à moins qu'elle n'ait été faite en vertu d'un titre authentique(1). Le créancier saisissant ne fait donc qu'exercer les droits de son débiteur en contestant la déclaration du tiers saisi. L'urgence n'existe plus, car la

(1) Code de procédure, art. 558.

contestation est indépendante de la saisie et peut même être portée devant d'autres juges (1). Aussi la loi n'impose-t-elle plus la nécessité d'assigner dans un certain délai. L'instance sur la déclaration pourrait donc être, suivant les cas, instruite comme ordinaire, quoique l'instance en validité dût être considérée et jugée comme célère. Les articles 70 et 92 du tarif n'impliquent pas d'autres conséquences. ART. 404.

La cour de cassation a cependant jugé que le caractère d'urgence n'est pas nécessairement attaché à toute demande en validité de saisie-arrêt; que les juges auraient sur ce point un pouvoir d'appréciation discrétionnaire (2). Cet arrêt me semble d'autant plus contraire aux principes, que, dans l'espèce, la partie saisie avait anticipé sur la demande en validité pour se pourvoir en mainlevée. Le caractère d'urgence apparaissait ici dans sa plus éclatante manifestation (3).

(1) Code de procédure, art. 570.

(2) Arrêt du 10 août 1829; Dalloz, 29, 1, 327.

(3) La cour royale de Bordeaux, par arrêt du 25 mars 1827, a jugé que la demande en validité de saisie-arrêt devait toujours être réputée matière sommaire. Journal des Avoués, t. 32, p. 262. — La même solution devrait être appliquée lorsqu'il s'agit d'une demande en validité

Art. 404. J'aborde maintenant une des controverses les plus importantes qui se soient élevées en cette matière. Il s'agit d'une distinction imperceptible dans ses termes, importante dans ses résultats, que l'on s'efforce d'extraire des dispositions de nos codes.

Des textes nombreux, s'expliquant sur certaines demandes ou certains incidents, emploient cette locution : la cause sera jugée sommairement. *Jugée*, soit ! ont dit les commentateurs, mais non pas *instruite* sommairement. Il faut donc examiner la portée de cette interprétation, qui d'ailleurs a rallié d'excellents esprits (1).

Si l'on consent à l'admettre, voici quelle sera son influence au point de vue de la procédure. La même célérité dans la marche établira une assimilation presque complète entre ces causes et les matières sommaires proprement dites ; mais cette célérité devra se combiner avec l'instruction ordinaire, et les frais seront

de saisie-gagerie, de saisie sur débiteur forain et de saisie-revendication ; voir Code de procédure, 2e part., liv. 1, tit. 2 et 3.

(1) M. Boncenne paraît lui-même avoir admis cette distinction, à propos des exceptions déclinatoires, t. 3, p. 263.

taxés comme en matière ordinaire. Cette application des règles de l'instruction et de la taxe subirait cependant, suivant les circonstances, certaines modifications. — La loi s'est-elle bornée à dire que la cause sera sommairement jugée? des requêtes pourront être signifiées de part et d'autre; seulement une certaine mesure ne devra pas être dépassée, lorsque le tarif aura fixé le nombre des rôles admis en taxe. La procédure sera d'ailleurs, dans son ensemble, taxée comme en matière ordinaire. — La loi, en disant que l'affaire sera jugée sommairement, ajoute-t-elle ces mots : *sans instruction, ni procédure?* aucune écriture ne devra passer en taxe; mais, la cause n'en étant pas moins ordinaire, on allouera les droits généraux admis en matière ordinaire, et la cause sera taxée comme telle. — Ces solutions résulteraient de la combinaison du code de procédure et du tarif. Art. 404.

Il y aurait, suivant ce système, une intention bien marquée dans le choix de cette expression : *juger sommairement.* Il est vrai que l'article 404 présente une rédaction différente : seront réputés matières sommaires et *instruits comme tels;* mais l'ancienne jurisprudence confondait les deux expressions dans une significa-

ART. 404. tion identique.—Sallé, sur le titre des matières sommaires, s'exprime ainsi : Ce n'est pas seulement dans les juridictions consulaires *que les causes doivent être jugées sommairement.*—« On nomme *matière sommaire*, dit le procureur Denizart, les affaires qui ont pour objet des demandes qui ne doivent pas être traitées et instruites avec une certaine étendue de procédure, et qui doivent au contraire *être jugées sommairement* (1). »

Il est vrai que l'on rencontre parfois dans les anciens textes les mêmes expressions employées dans un sens qui n'est pas exclusif de l'instruction écrite : c'est ainsi que l'article 24, titre 11 de l'ordonnance de 1667, veut que les demandes incidentes soient *réglées sommairement* et sans épices, « sur simple requête, laquelle contiendra les moyens du demandeur et l'emploi fait de sa part pour causes d'appel, écritures et productions, de ses requêtes et lettres et des pièces qui y seront jointes, dont sera donné acte et ordonné que le défendeur sera tenu de fournir des réponses, écrire et produire de sa part, dans trois jours, ou autre plus bref délai, selon la nature et qualité des incidents qui seront joints au procès principal. »

(1) V° matières sommaires.

Ici l'incident, quoique réglé sommairement, restait soumis à l'instruction écrite; les délais seulement étaient abrégés; mais que l'on ne se hâte pas d'en tirer avantage. L'instruction par écrit présentait autrefois des variétés multiples dans les formes et dans les degrés. Au-dessous de l'appointement *en droit*, type de l'instruction ordinaire, venaient se placer l'appointement *à mettre*, dont les écritures étaient moins développées et les délais de production limités à trois jours (1); les requêtes de *soit montré* en usage au parlement de Toulouse (2); c'étaient des procédures, ou *clausions sommaires*, si on les comparait à l'appointement *en droit* ou *au conseil;* mais ce n'était pas la procédure des matières sommaires qui devaient se juger à l'audience, sans formalités ni écritures.

Art. 404.

En disant qu'une cause serait jugée sommairement, l'ordonnance pouvait donc se référer, suivant la *qualité* du procès, tantôt à une instruction écrite plus abrégée et plus célère, tantôt à la procédure orale des matières sommaires. Mais en est-il ainsi dans notre droit? Quel texte

(1) V. Pigeau, Procédure du Châtelet, t. 1, p. 314; et Rodier, sur l'ordonnance, tit. 11, art. 10, quest. 1.

(2) V. Rodier, sur l'ordonnance, tit. 11, art. 11, question 2.

Art. 404. a trace les règles d'une procédure intermédiaire entre les deux instructions ordinaire et sommaire? Veut-on classer parmi les matières ordinaires les causes de nature à être *jugées sommairement*, il faut les soumettre aux formes et aux délais ordinaires. Veut-on donner un sens à cette prescription de la loi, il faut nécessairement les classer parmi les matières sommaires, pour qu'elles puissent participer aux priviléges de l'instruction sommaire et de l'abréviation des délais; sauf à reconnaître aux parties le droit de signifier des actes ou des écritures, lorsque la loi l'aura formellement permis.

Qu'importe d'ailleurs l'expression employée? Ce n'est pas arbitrairement que le législateur impose l'obligation de juger sans retard certaines causes ou certains incidents; ce privilége est attaché sans doute à la nature même de la contestation; le motif, *c'est qu'elle requiert célérité*. Elle tombe donc sous l'application de notre texte, qui soumet à la procédure sommaire les demandes *qui requièrent célérité*. Était-il nécessaire, en leur imprimant le sceau de l'urgence, d'indiquer en même temps que chacune d'elles spécialement serait soumise à la procédure sommaire, lorsque le législateur prenait soin de poser un principe

général qui comprend toutes les demandes célères sans distinction? Le texte de l'article 404 serait donc une lettre morte, une disposition surabondante ; car la doctrine osera-t-elle soumettre à son application quelque demande dont la loi n'aurait pas, en termes exprès, déterminé le caractère d'urgence, si l'on refuse de l'appliquer à celles que la loi indique comme exigeant une décision célère ? ART. 404.

L'ardeur des distinctions n'a même pas fait grâce à ces dispositions dans lesquelles le législateur prend soin de dire que la cause sera jugée *sur un simple acte* ou *sans procédure* (1). Le tarif, ce guide infaillible qui, selon quelques-uns, doit jeter dans la balance le poids de ses oracles, ne vient-il pas contrarier la subti-

(1) Le Code dit que la cause ou l'incident sera jugé *sommairement et sans procédure* dans les articles suivants : — art. 311, récusations d'experts; — 320, demande formée contre eux pour les forcer à remettre leur rapport; — 457, 458 et 459, demande afin d'obtenir des défenses à l'exécution provisoire ou pour la faire prononcer ; — 521, réception de caution ; — 666 et 669, difficultés en matière de distribution par contribution; — 761, 763 et 765, en matière d'ordre; —809, sur les appels de référés; — 847, sur les compulsoires; — 973, difficultés relatives au cahier des charges en matière de licitation.

ART. 404. lité de cette interprétation ? Dans les art. 457, 458, 459, au titre de l'appel, la loi dit que la demande sera *jugée sur un simple acte*; l'article 809 porte que l'appel des ordonnances de référé sera *jugé sommairement et sans procédure*; la loi ne dit pas que la matière sera réputée sommaire. Cependant les articles 148 et 149 du tarif disent que les frais seront liquidés comme *en matière sommaire*. C'est une exception, a dit la cour royale de Limoges (1), et le tarif ne répète pas la même disposition pour des hypothèses analogues. Cette objection pourrait avoir quelque force, si le tarif était une loi de procédure ayant pour objet de déterminer la nature ordinaire ou sommaire de la contestation. Mais ses chiffres n'ont pas une telle puissance ; son texte est seulement réglementaire. Il organise, dans les rapports des parties avec leurs représentants légaux, mais non pas dans les rapports des parties entre elles, les dispositions du code de procédure; il peut les expliquer, mais il ne les modifie pas. Le tarif n'a donc pas créé, dans les hypothèses que j'in-

(1) Arrêt du 9 février 1819 ; Dalloz, tome 9, p. 678. Cet arrêt contient une théorie complète au point de vue de la doctrine que je combats. — V. en sens contraire un arrêt de Grenoble du 20 mai 1817, *ibid.*

dique, la nature sommaire de la contestation; il déclare qu'elle résulte des expressions employées par le code, et ces expressions commandent la même solution à quelques demandes qu'elles s'appliquent. ART. 404.

Aussi la plupart des auteurs, en refusant d'admettre au nombre des matières sommaires les causes dont la loi dit qu'elles seront *jugées sommairement*, font-ils exception à leur principe lorsque la loi ajoute qu'elles seront jugées sur un simple acte ou sans procédure. A quelle singularité ne faudrait-il pas se résoudre dans le système contraire? La célérité déclarée par la loi, et l'instruction réduite aux éléments de la procédure sommaire, ne suffiraient pas pour déterminer la nature du procès; la taxe détruirait ces apparences trompeuses et protesterait contre les faits.

Mais supposons que la loi, en disant que la cause sera *jugée sommairement*, n'indique rien de plus (1); sur ce terrain presque tous s'ac-

(1) Voici le relevé des articles dans lesquels le Code se borne à dire que la cause sera jugée *sommairement* : — art. 172, demandes en renvoi; — 174, demande d'un délai pour faire inventaire et délibérer; — 180, demande d'un délai pour appeler garant; — 192, demande en restitution de pièces; — 287, reproches de

ART. 404. cordent à soutenir que l'affaire doit être réputée ordinaire, sauf la différence des délais.

On peut apprécier le principe par ses conséquences. En parlant de la demande en nullité d'emprisonnement, l'article 795 porte ces mots : La cause *sera jugée sommairement* sur les conclusions du ministère public. Elle serait donc ordinaire, car la loi n'ajoute pas ici : *sur un simple acte* ou *sans procédure*. Ainsi, en présence d'un texte, celui de l'article 404, qui déclare sommaires les causes requérant célérité, et lorsqu'il s'agit DE LA LIBERTÉ, on donnerait à l'avoué le temps de grossoyer une requête, tandis que son client, illégalement emprisonné, attendrait sous les verrous (1) ! Et, par une bizarrerie que l'on ne s'expliquerait

témoins (l'art. 290 ajoute que la preuve du reproche doit se faire dans la forme des enquêtes sommaires); — 348, assignation en reprise d'instance; — 779, demande en subrogation à la poursuite d'un ordre; — 795, demande en nullité d'emprisonnement; — 840, demande en expédition ou copie d'un acte; — 884, opposition aux avis de parents; — on peut ajouter l'art. 8 du deuxième décret du 16 février 1807, opposition à un exécutoire ou à un jugement au chef de liquidation des dépens.

(1) Eh! mon ami, tire-moi de danger,
Tu feras après ta harangue!

pas, l'article 805, qui s'occupe des demandes en élargissement, ce qui suppose la légalité de l'emprisonnement, exigerait pour celles-ci : qu'elles fussent jugées *sans instruction*, *à la première audience*, *préférablement à toutes autres causes*, *sans remise*, *ni tour de rôle*. Evidemment le mot *sommairement*, dans l'article 795, veut dire tout cela; car l'urgence est la même dans les deux hypothèses, et, si la demande en élargissement est *sommaire*, il faut en dire autant de la demande en nullité. ART. 404.

Cependant, pour arriver à cette démonstration que la cause jugée sommairement peut néanmoins être considérée comme ordinaire, on invoque le tarif, dont certaines dispositions semblent en désaccord avec le principe que j'ai posé. L'argument n'aurait de portée que pour quelques hypothèses spécialement réglées par le tarif; voici en quoi il consiste :

L'article 172 du code de procédure dit que toute demande en renvoi sera *jugée sommairement*. Si l'on se reporte au tarif, article 75, on trouve au chapitre des matières *ordinaires* que la loi passe en taxe une requête *grossoyée* pour proposer le déclinatoire, laquelle ne peut excéder six rôles. La même particularité peut être signalée pour quelques autres demandes

Art. 404. sur lesquelles le code s'est exprimé en termes identiques (1). On en conclut que la nécessité de les juger sommairement ne leur enlève pas la qualité d'ordinaires, puisqu'elles sont classées et taxées sous ce titre.

J'ai déjà dit qu'il ne fallait pas demander au tarif des règles de classification. Ne nous laissons pas entraîner à donner aux questions de frais une importance trop décisive ; à subordonner le code aux tarifs. Sans doute, en règle générale, il n'est dû, pour les matières sommaires, outre les déboursés, qu'un droit d'obtention de jugement proportionné au chiffre de la demande. Mais si, pour quelques incidents qui doivent être jugés sommairement, le tarif alloue des droits sur certains actes,

(1) Le tarif alloue des droits pour certains actes dans les matières suivantes, qui suivant le Code doivent être *jugées sommairement* : art. 172, 174, 180, 192, 548 du Code, rapprochés de l'art. 75 du tarif ; — art. 287 et 289, 547, 518, 519 et 520 du Code, rapprochés de l'art. 71 du tarif. — On trouve même des actes tarifés dans des matières dont le Code a dit qu'elles seraient jugées *sommairement*, *sur un simple acte*, *sans aucune procédure*. V., par exemple, l'art. 847 du Code, comparé avec l'art. 75 du tarif. V. aussi les dispositions du tarif en matière de distribution par contribution et de poursuite d'ordre.

gardez-vous d'en conclure que cette faveur soit déterminante comme signe de la nature ordinaire du litige. Il en résulte seulement que la procédure étant sommaire, on doit cependant passer en taxe, outre les droits alloués en pareil cas, certains actes d'instruction dont le tarif prend soin presque toujours de fixer le nombre de rôles; et si la taxe de ces droits se trouve au chapitre des matières ordinaires, c'est parce qu'ils ne sont dus que lorsque l'incident sommaire se rattache à une demande principale qui comporte la procédure ordinaire (1). Art. 404.

La cour de cassation a sanctionné ces principes en les appliquant, sous l'empire de l'ancien texte du code, aux *incidents sur saisie immobilière*. L'ancien article 718 portait que toute contestation incidente à une poursuite en saisie immobilière serait jugée sommairement dans les cours et tribunaux. Cependant le tarif, articles 117 et suivants, au chapitre des matières ordinaires, passait en taxe des requêtes grossoyées contenant les moyens. La cour proclama, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Laplagne-Barris : « Que les affaires

(1) Remarquez que sous l'ancienne jurisprudence le déclinatoire notamment devait être jugé à l'audience et sans écritures. Ordonn. de 1667, tit. 6, art. 3.

Art. 404. d'expropriation forcée requièrent célérité par leur nature, et que c'est à ce titre et conformément au § 4 de l'article 404 du code, que toutes contestations incidentes *sont placées par l'article 718 du même code au nombre des matières sommaires ;* — que le tarif, qui a uniquement pour objet l'exécution de ce code, n'a pu ni voulu modifier les règles qu'il établit ; que l'allocation d'une requête que fait l'article 124 du tarif, au § 10 du chapitre 2, *ne change rien à la nature et au caractère de la procédure fixés par le code* (1). »

La loi de 1841 a mis fin sur ce point spécial à toute controverse, en exprimant que les incidents de saisie immobilière seraient *instruits* et jugés comme matières sommaires (2).

Ce qui démontrerait au besoin la vérité de ces principes, et la faiblesse des arguments appuyés sur le tarif, c'est le rapprochement que voici : L'article 761 du code de procédure, en parlant des contestations qui s'élèvent entre créanciers dans le cours d'un ordre, dit que l'audience sera poursuivie par la partie la plus diligente, *sur un simple acte d'avoué à avoué*,

(1) Arrêt du 4 avril 1837 ; Dalloz, 37, 1, 201.

(2) Le tarif a été modifié en cette matière par l'ordonnance du 10 octobre 1841.

SANS AUTRE PROCÉDURE. L'appel de ce jugement 404.
doit être interjeté dans les *dix jours* de la si- Art.
gnification à avoué, et l'audience est poursuivie comme devant les premiers juges, aux termes des articles 763 et 765. Certes il ne peut y avoir ici le moindre doute : l'affaire doit être *instruite* et jugée sommairement ! Lisez le tarif, vous trouverez la *poursuite d'ordre* classée sous la rubrique des *matières ordinaires*. — Voici qui est plus grave encore : s'il s'élève des difficultés en matière de distribution par contribution, l'article 666 veut que l'audience soit poursuivie *sur un simple acte d'avoué à avoué, sans autre procédure;* l'appel doit être interjeté dans les dix jours : *Il y sera statué*, dit l'article 669, *comme en matière sommaire*. Le tarif, article 101, s'expliquant sur les mêmes contestations, dit que les dépens seront taxés comme dans les autres matières, suivant leur nature *sommaire ou ordinaire*. N'est-il pas évident que, la disposition du code étant générale et basée sur l'urgence, l'alternative du tarif est sans portée, parce que la contestation sera toujours sommaire?

Certes les rédacteurs du tarif n'ont pas eu l'intention de modifier le code, encore moins d'édifier un ensemble de doctrines; et bien

Art. 404. qu'il ait été plus d'une fois élevé aux honneurs du commentaire, j'aime mieux voir dans le tarif un assemblage incohérent de règles arbitraires, que de désorganiser le code de procédure pour rendre hommage à l'unité et à la sagesse des tarifs.

A quel système s'arrêter, en définitive, au milieu de ce conflit de textes, en présence de ce choc d'autorités?

Il faut décider qu'il n'y a aucune différence à établir entre les causes sommaires et celles qui requièrent célérité; — que l'urgence peut résulter de la nature de la demande, alors même que la loi ne l'aurait pas expressément déclarée célère, si les symptômes de l'urgence résultent de la combinaison des textes; — qu'à plus forte raison l'affaire doit être réputée célère dans tous les cas où la loi déclare qu'elle sera jugée sommairement, bien qu'elle n'ait pas ajouté ces mots : *sur un simple acte* ou *sans procédure;* — que si le tarif alloue, pour ces sortes de causes, des actes d'instruction qui doivent être taxés à part, l'ensemble de la procédure, en dehors de ces actes, n'en doit pas moins être taxé comme en matière sommaire, parce que sa nature n'est pas changée; — qu'enfin, sauf

ces actes particuliers, qui sont en dehors de la procédure commune, c'est l'instruction sommaire qu'il faut suivre ; de sorte que si, pour le jugement d'un déclinatoire proposé dans le cours d'une instance ordinaire, il était nécessaire de procéder à une enquête, c'est aux formes de l'enquête sommaire que les parties devraient recourir. Art. 404.

Ces principes généraux posés, je terminerai sur ce point en examinant leur influence sur la solution d'une difficulté qui, à raison de son importance, exige une discussion spéciale. L'article 823 du code civil est ainsi conçu : « Si l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce *comme en matière sommaire*, ou commet, s'il y a lieu, pour les opérations du partage, un des juges, sur le rapport duquel il décide les contestations. »

Ce qui jette quelque obscurité sur ce texte, et ce qui justifie l'hésitation de la doctrine et de la jurisprudence, c'est qu'il est difficile de rattacher la nature sommaire de semblables contestations à quelqu'une des catégories de notre article 404. On a peine à se rendre

ART. 404. compte de l'urgence particulière que peut présenter une action en partage ; de là certaines répugnances à consacrer la règle ; car la loi elle-même impose difficilement une soumission aveugle, une obéissance passive.

Le véritable sens de cette disposition est révélé par la discussion qui précéda sa rédaction définitive. Dans le projet, à la place de ces mots : *Le tribunal prononce comme en matière sommaire*, on avait écrit : *Il en est référé au tribunal, qui prononce sur la difficulté.*

La section du tribunat crut devoir proposer une distinction : « Il est deux cas où l'un des cohéritiers peut refuser de consentir au partage ; et ces deux cas ne doivent pas être confondus. Le premier est lorsque, dans une succession où il se trouve plusieurs héritiers, cette qualité est contestée à un tiers qui se présente et prétend y prendre part. Le second, lorsque la qualité d'héritier est reconnue et jugée à l'égard de chacun des prétendants. Dans le premier cas, avant d'être obligé de consentir au partage, il faut que la justice ait prononcé sur la qualité contestée. C'est l'objet d'une action principale. Dans le second, le refus de consentir au partage ne peut être fondé que sur des pré-

tentions susceptibles d'être jugées sommairement, puisqu'il n'y a point de contestation sur la qualité. Ce dernier cas est celui de l'article, et doit être spécifié pour éviter toute méprise. Art. 404.

« Il faut donc, ajoutait la section du tribunat, que l'article, *relativement aux difficultés qu'il prévoit*, se borne à dire qu'elles seront *jugées sommairement* (1). »

L'article 823 fut ainsi modifié.

Le sens de la disposition se trouve parfaitement indiqué. Le tribunal ne peut statuer sommairement lorsque le droit lui-même est contesté. Quel sera donc l'objet de ces contestations qui ne portent ni sur la qualité des parties, ni sur la quotité de leurs droits, ni sur la propriété des choses mobilières ou immobilières, dont le partage est demandé? Quel sera le motif de ce refus, par l'un des héritiers, de procéder au partage? — S'il refuse de consentir au partage *amiable*, c'est qu'il trouve plus de garanties dans les solennités du partage *judiciaire*; — ou bien c'est un incapable auquel le partage amiable est interdit (2); — c'est enfin un cohéritier qui ne se présente pas et dont l'absence ou l'éloignement sont un obstacle ma-

(1) V. Fenet, tom. 12, p. 101 et 102.

(2) Code civil, art. 838.

Art. 404. tériel à l'accord qui doit présider aux opérations d'un partage amiable (1). Dans toutes ces hypothèses il ne s'agit pas de régler *le droit* au partage, mais *sa forme;* il y a si peu contestation que les frais de la demande ou des opérations devraient être prélevés sur la chose, c'est-à-dire supportés par tous et non par celui dont la qualité, la non-présence ou le refus de consentement auraient imposé la nécessité d'un partage judiciaire (2). La rapidité de la procédure présentera donc ici des avantages sans inconvénients, car avec l'intérêt général de faire promptement cesser l'état d'indivision, concourt la simplicité de la solution demandée, puisque la sentence du juge est écrite dans le texte de la loi (3). — Quant aux incidents qui peuvent se présenter sur le mode de procéder au partage et sur la manière de le terminer, ils ne soulèvent aussi que des questions de forme qui comportent une décision célère. Le code

(1) Code civil, art. 838.

(2) V. Chabot, sur l'art. 838 du code civil.

(3) Cette distinction entre la contestation sur le droit de provoquer le partage et l'hypothèse où un héritier *ne consent pas* au partage amiable, a été consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation. V. notamment arrêt du 14 juillet 1830, Dalloz, 31, 1, 15. V. aussi Chabot, sur l'art. 823.

de procédure a fait du principe une application Art.
spéciale aux contestations qui s'élèvent sur le 404.
cahier des charges, lorsqu'il est nécessaire de procéder à la licitation : elles seront vidées à l'audience, dit l'article 973, sans aucune requête et sur un simple acte d'avoué à avoué.

Cependant l'article 823 du code civil est rarement appliqué. On taxe tous les jours, comme en matière ordinaire, des instances en partage qui ne soulèvent aucune contestation, et qui presque toujours se terminent par un jugement d'expédient (1). M. Chauveau va même jusqu'à soutenir que l'article 823 est abrogé par la disposition de l'article 966 du code de procédure (2).

Il est difficile d'attribuer une telle portée à ce texte qui se borne à indiquer par un renvoi aux articles du code civil, les cas dans lesquels la partie forme sa demande en partage. L'article 966 était ainsi conçu dans l'origine : « Si lorsqu'il s'agit de procéder à un partage définitif, les parties ne s'accordent point, si

(1) On appelle *jugement d'expédient* le jugement prononcé sur un projet soumis au tribunal, signé des avoués et communiqué préalablement, s'il y a lieu, au ministère public.

(2) Commentaire du tarif, tom. 1, n° 433.

ART. 404. tous les cohéritiers ne sont pas présents ou s'il y a parmi eux des interdits ou des mineurs même émancipés, la partie la plus diligente pourra former la demande devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. » On a trouvé plus simple, dit M. Locré, de retrancher tous les détails et de se référer en général au code civil (1).

Mais ce qui prouve que la disposition abrégée de ce texte primitif n'emportait pas dérogation à la règle qui veut que la demande soit jugée comme en matière sommaire, c'est que, dans le projet, l'article 969 disait formellement : « Sur la demande portée à l'audience, le tribunal prononcera *comme en matière sommaire*, ou commettra un juge pour les opérations du partage. » Ce texte fut plusieurs fois remanié sur les réclamations des notaires de Paris à l'occasion d'une disposition additionnelle insérée dans cet article, ayant pour but de donner au juge-commissaire le droit de *faire lui-même le partage* ou de renvoyer devant un notaire. Ils demandaient que les parties, lorsqu'elles ne procéderaient pas à l'amiable, fussent toujours renvoyées devant un notaire indiqué par elles ou commis d'office. C'est par suite de cette dis-

(1) Esprit du code de procédure, tom. 4, p. 276.

cussion, dit M. Locré, que la section du tribunat a présenté et que le conseil a adopté la rédaction qu'on trouve dans le code (1). L'art. 969, ainsi décrété, ne contenait plus qu'un simple renvoi aux articles 823 et 824 du code civil (2). Art. 404.

On ne trouve donc pas le plus faible indice d'une dérogation aux règles du code civil. Loin de là, les textes primitifs en étaient la reproduction littérale, et doivent servir à indiquer la signification des renvois qui ont pris la place des développements du projet.

Jusqu'ici je me suis uniquement attaché à rechercher les applications diverses de l'article 404, en signalant les demandes qui, par leur nature et leur essence, doivent être considérées comme célères ; mais l'application du texte doit-elle être restreinte à cette célérité normale, si je puis ainsi dire ; et ne faut-il pas l'étendre à ces causes qui, sans être urgentes par leur nature, présentent accidentellement le caractère de l'urgence, de sorte qu'il y ait

(1) Esprit du code de proc., tom. 4, p. 280 et suiv.

(2) L'article 969 a été modifié par la loi du 2 juin 1841 ; le seul objet de cette modification est de décider qu'un notaire devra être commis en même temps qu'un juge pour procéder aux opérations du partage.

Art. péril dans le retard de la décision à rendre ?

404. On sait que, d'après l'article 72 du code de procédure, le président peut, *dans les cas qui requièrent célérité*, permettre d'assigner à des délais plus brefs que les délais ordinaires. L'ordonnance du président, qui abrége les délais de l'assignation, est-elle décisive pour l'application de la procédure sommaire, quel que soit d'ailleurs l'objet ou la nature de la demande ?

Je n'hésite pas à répondre affirmativement. C'est en vain que l'on voudrait distinguer entre l'urgence déclarée par la loi, et celle que le juge reconnaît et proclame. Le juge n'est pas sans doute investi d'un pouvoir arbitraire; sa décision ne crée pas l'urgence, elle la constate. Mais, pour soutenir que l'urgence accidentelle est sans influence sur l'application à l'instance, des règles de la procédure sommaire, il faudrait aller jusqu'à dire que le pouvoir d'abréger les délais n'existe que pour le cas où la demande est célère de sa nature, car les deux textes des articles 72 et 404 se prêtent à la même distinction ou la repoussent également.

Est-il arrivé jamais de soutenir que dans le cas d'abréviation des délais, la demande fût soumise au préliminaire de conciliation ? Ce

n'est pas le juge pourtant, mais la loi qui en dispense. — Or le texte de l'article 49 dispense du préliminaire de conciliation *les demandes qui requièrent célérité;* on consent à s'incliner devant la généralité de ces termes, sans distinguer entre l'urgence accidentelle ou naturelle. — Le texte de l'article 404 soumet à l'instruction sommaire *les demandes qui requièrent célérité;* ici l'on distingue, comme si la dispense et le privilége n'étaient pas fondés sur la même cause, la même intention, le même texte. Art. 404.

C'est en définitive un système analogue à celui que j'ai déjà combattu : on veut que l'affaire introduite par abréviation des délais soit *jugée sommairement*, mais on ne consent pas à *l'instruire sommairement* si la loi n'en n'a formellement imposé l'obligation.

De deux choses l'une : ou le juge en abrégeant les délais de l'assignation reconnaît à la cause le caractère de célérité qui détermine l'application de la procédure sommaire, et je m'explique alors pourquoi le défendeur est privé des délais ordinaires de l'instruction; ou bien si, malgré l'ordonnance du juge, l'affaire doit être classée comme ordinaire, de quel droit, en vertu de quel texte le demandeur

Art. 404. poursuivra-t-il l'audience avant l'échéance des délais accordés à l'autre partie pour signifier ses défenses? Qu'il n'invoque pas la permission du juge ; car le juge n'abrége que les délais pour comparaître. Le juge peut bien ordonner que l'affaire sera plaidée immmédiatement, comme urgente, et sans observation des délais ordinaires, mais il ne faut pas s'y méprendre, le juge *ne dispense pas* des délais de l'instruction, car la loi ne lui a pas conféré ce pouvoir. Il fait seulement l'application de la procédure sommaire à une cause qu'il reconnaît sommaire à raison de son urgence. Les délais de l'instruction ne varient que suivant la qualité du procès, — ordinaire — ou sommaire.

On a voulu trouver la preuve d'une distinction entre les matières sommaires et les demandes introduites à bref délai, dans les termes de l'article 44 du décret du 30 mars 1808, qui attribue aux chambres des vacations *les matières sommaires* et *celles qui requièrent célérité*. Mais il en résulte seulement que le législateur reconnaît des matières sommaires par leur nature, et des causes *assimilées* aux matières sommaires à raison de la célérité accidentelle qu'elles exigent. Cette assimilation est complète, soit relativement à la juridic-

tion, soit relativement aux délais et à la procédure. Art. 404.

Le décret de 1808 fournit lui-même une preuve irrécusable de cette assimilation ; on y lit, article 66 : « Les causes introduites *par assignation à bref délai*, celles pour déclinatoires, exceptions et règlements de procédures qui ne tiennent point au fond, celles renvoyées à l'audience en état de référé, celles à fin de mise en liberté, de provision alimentaire, ou toutes autres de pareille urgence, seront appelées sur simples mémoires (1), pour être plaidées et jugées sans remise et sans tour de rôle. » Est-ce la procédure ordinaire qui se trouve ainsi réduite à un simple acte, et resserrée dans ces limites étroites des délais et des formes (2) ?

« Il n'y a aucune différence à établir, disait M. l'avocat général Laplagne-Barris, entre les affaires *sommaires* et les affaires *requérant célérité ;* entre le *jugement sommaire* et *l'instruction sommaire*. L'article 404 définit les matières sommaires, affaires requérant célé-

(1) C'est-à-dire sur un simple acte de conclusions.

(2) On pourrait tirer une objection contre cette solution de l'art. 81 du tarif ; mais j'ai déjà dit quelle était la valeur de ces sortes d'arguments.

ART. 404. rité. *Les matières ordinaires sont donc celles qui ne peuvent être jugées avec célérité*, et par contre, *toutes les affaires de nature à être jugées promptement et avec célérité, sont sommaires* (1). » Ces idées sont vraies parce qu'elles sont simples, et qu'elles sont en harmonie avec l'ensemble de la loi.

Une dernière observation sur les matières célères. — Il existe une différence importante entre les causes sommaires à raison de l'urgence, et celles qui ne sont soumises à la procédure exceptionnelle qu'à raison de la simplicité ou de la modicité du procès. Cette différence se rattache à l'influence des demandes additionnelles et en reconvention.

Si la demande personnelle et mobilière était fondée en titre, les conclusions reconventionnelles, considérées comme moyen de neutraliser la demande principale, pourraient, dans certains cas, avoir le caractère d'une contestation dans le sens de la loi (2); elles influeraient alors sur la demande principale en lui enlevant son caractère de simplicité, et en la faisant

(1) Ces conclusions ont précédé l'arrêt du 4 avril 1837 que j'ai déjà cité; Dalloz, 37, 1, 201.

(2) V. *supra*, p. 20.

rentrer dans la catégorie des matières ordinaires. Art.
On sait également que la demande formée 404.
sans titre ou en vertu de titres contestés, n'étant sommaire que lorsqu'elle n'excède pas les limites du dernier ressort, la demande additionnelle ou en reconvention qui étend, au delà de ces limites, l'intérêt du procès, fait perdre à la demande les conditions de modicité qui déterminaient sa nature sommaire.

Mais l'urgence de la demande principale, loin de s'effacer devant la nature ordinaire de la reconvention, lui impose ses exigences et la soumet à l'uniformité de la procédure sommaire. La simplicité du procès, la modicité de la demande, peuvent être modifiées par les prétentions du défendeur, parce qu'elles placent l'instance dans des conditions nouvelles; mais l'urgence est indépendante des moyens de la défense. La reconvention se trouve entraînée dans la célérité de la marche que l'urgence imprime à la demande originaire; et si, à raison de ses complications, la demande reconventionnelle devait rester en arrière, ce serait le cas de prononcer la disjonction (1).

Toutefois il y a certains incidents qui se

(1) V. tome 5, p. 77.

Art. 404. détachent complétement de la demande principale, et qui doivent être soumis séparément aux règles de la procédure ordinaire, quoiqu'ils surviennent dans le cours d'une instance sommaire, quelle que soit d'ailleurs la cause qui ait déterminé l'application à la demande principale, des règles de la procédure exceptionnelle.

En première ligne on doit placer *le faux incident civil.* — Le législateur, en multipliant les formes et les délais, en imposant la nécessité de signifier des moyens, ne s'est nullement préoccupé de l'importance ou de la nature de la demande originaire ; son but a été de rendre plus difficiles et plus rares des attaques dangereuses et inconsidérées. Ici, comme le disait l'orateur du tribunat, « les formes sont essentiellement liées à l'existence, à l'exécution des conventions, à l'état, à la liberté des citoyens, à la paix, à la tranquillité des familles (1). »

La demande en *vérification d'écritures*, lorsqu'elle est formée par action principale, est sommaire à raison de l'urgence (2); mais

(1) Rapport de M. Perrin au corps législatif, séance du 14 avril 1806.

(2) Elle peut être formée par assignation à trois jours sans permission du juge ni préliminaire de conciliation ; code de proc., art. 49 et 193.

en cas de dénégation ou de méconnaissance des écritures ou signatures, la vérification principale, comme la vérification incidente, comporte nécessairement la procédure ordinaire. Il y a quelque chose de suspect dans cette contestation qui met en doute la vérité matérielle du titre produit. Il ne faut donc pas s'étonner que les mêmes précautions doivent toujours être observées, et que l'on suive toujours, pour l'audition des témoins, les formes prescrites pour les enquêtes ordinaires. C'est parce que cet incident, de même que l'incident de faux, ne participe pas de la nature spéciale de la demande au fond, et parce qu'il exige toujours l'instruction ordinaire, que les tribunaux exceptionnels ne peuvent en connaître, même lorsqu'il s'élève dans le cours d'une instance qui rentre dans leurs attributions (1).

ART. 404.

Quelques auteurs considèrent la *requête*

(1) Code de procéd., art. 14 et 427. — M. Persil, rapporteur de la loi de 1838 devant la chambre des députés, et M. Barthe, garde des sceaux, devant la chambre des pairs, ont reconnu que l'instruction sur le faux incident civil et sur la vérification d'écritures ne pouvait jamais être soumise aux règles des matières sommaires. V. Moniteur des 25 février et 8 mars 1838, p. 390 et 509.

ART. 404. *civile* comme exigeant toujours l'instruction ordinaire, quelle que soit la qualité de l'instance sur laquelle est intervenu le jugement dont la rétractation est demandée (1). — Le principe ainsi posé me paraît trop absolu. Je crois qu'il faut distinguer. L'instance primitive n'a-t-elle été sommairement instruite que parce que la demande était basée sur un titre non contesté? la requête civile sera instruite à l'ordinaire, si elle repose sur des moyens tendant à la contestation du titre qui a servi de base à la condamnation (2); de même, si la procédure sommaire de l'instance primitive était uniquement motivée sur des circonstances *accidentelles* d'urgence, la requête civile, qui ne présenterait pas le même caractère d'urgence, serait instruite comme matière ordinaire; — mais si la demande originaire était réputée matière sommaire, soit à raison de sa modicité, soit parce qu'elle est célère de sa nature, je crois que la requête civile devrait être soumise à la procédure sommaire. Il ne faut pas s'arrêter à cette considération que les

(1) V. MM. Pigeau, procéd. civ., tom. 1., p. 750; Berriat-St-Prix, tom. 2, p. 519, note 48 *a*; Rodière, tom. 2, page 594.

(2) V. *supra*, p. 20.

ouvertures de requête civile peuvent présenter des questions d'une haute gravité, car la classification comme matière sommaire n'est plus déterminée dans ce cas par la simplicité de la demande, mais par son urgence ou sa modicité. — N'est-on pas d'accord aujourd'hui que la voie de la requête civile est permise devant les tribunaux d'exception ? Comment concilier ce principe avec la nécessité d'appliquer dans tous les cas les formes de la procédure ordinaire ? ART. 404.

Ainsi la requête civile reçoit l'application des règles générales, et le mode d'instruction qu'elle comporte est en rapport avec la matière du procès. C'est un principe commun aux autres voies de recours ouvertes contre les jugements : à l'opposition, à l'appel, à la tierce opposition, au désaveu.

M. Rodière range dans la classe des incidents soumis à la procédure ordinaire, quoique se rattachant à une demande sommaire : *les règlements de juges*, *les renvois à un autre tribunal*, et *les récusations* (1). Mais c'est le

(1) Tom. 2, p. 266. Cette opinion doit d'autant plus surprendre que cet auteur enseigne qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les matières sommaires et celles qui doivent être jugées sommairement comme célères.

Art. 404. contraire qu'il faut dire; ces sortes d'incidents sont toujours sommaires, alors même que le procès principal comporterait l'instruction ordinaire. Le soin que prend la loi d'accélérer la marche du procès, en abrégeant les délais ordinaires, démontre que ce sont là des contestations urgentes de leur nature (1).

J'ai terminé cette classification des demandes ou des incidents soumis à la procédure exceptionnelle que je vais maintenant retracer. Il est peu de matières où l'application de la loi ait été plus arbitrairement variable. Je crois cependant qu'il était facile de dégager les principes qui doivent conduire à la solution des difficultés. C'est ce que j'ai tenté de faire. Pour y parvenir, je ne me suis passionné ni pour le système de la procédure ordinaire, ni pour les avantages que présente la procédure exceptionnelle; j'ai voulu faire avec impartialité la part de l'une et de l'autre en prenant

(1) Code de procéd., art. 365, 366, 377, 392, 393, 394. V. tom. 3, chap. 25, 26 et 27. — Le tarif, art. 75, permet la signification de requêtes sur la demande en renvoi à un autre tribunal; mais on a vu *supra*, p. 58, que la même particularité se présente dans un grand nombre d'incidents qui doivent être jugés sommairement.

la loi pour guide, et en me pénétrant de cette Art.
vérité « que la sagesse consiste non à tenter 404.
sans choix et dans tous les cas la même espèce de bien, mais à assurer à chaque position l'espèce de bien dont elle est susceptible (1). »

La demande en matière sommaire, bien qu'elle rentre dans la compétence des tribunaux civils de première instance, est quelquefois portée devant une juridiction extraordinaire qu'exerce le président du tribunal. Le jugement qu'il prononce prend alors la dénomination d'*ordonnance sur référé* (2). Cette juridiction ne s'exerce que dans les cas d'extrême urgence, et ordinairement lorsqu'il s'agit de statuer *provisoirement* sur des difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire. Aussi les dispositions sur les référés se trouvent-elles placées après celles qui régissent les voies d'exécution. — Je dois me borner à indiquer ici la procédure des matières sommaires devant le tribunal entier.

La demande est introduite dans les formes 405.

(1) Exposé des motifs du code de procédure, par M. Treilhard, séance du 4 avril 1806.

(2) V. code de procédure, liv. 5, tit. 16.

Art. 405. ordinaires de l'ajournement. Elle est précédée du préliminaire de conciliation, à moins qu'il n'existe une cause particulière de dispense, ce qui aura lieu notamment toutes les fois que la demande sera sommaire comme *requérant célérité*. Les délais pour comparaître sont les mêmes que dans les matières ordinaires, à moins qu'ils ne soient abrégés par le juge ou par la loi (1).

L'ordonnance de Blois obligeait les parties à comparaître en personne sans être assistées d'avocat ou procureur. — Sous l'ordonnance de 1667, les parties *pouvaient* plaider sans assistance d'avocats ni de procureurs en toutes matières sommaires, si ce n'est devant les cours souveraines et les siéges présidiaux. — Le code de procédure *oblige* les parties à se faire représenter par des avoués.

Les différences ne commencent donc à se manifester que lorsque les parties légalement représentées se trouvent devant leurs juges.

A l'expiration des délais de l'assignation, l'affaire inscrite sur le rôle général et sur le rôle particulier de la chambre, suivant la distribution faite par le président du tribunal,

(1) Si la demande est formée à bref délai, l'avoué du défendeur peut se constituer à l'audience; v. art. 76.

est appelée à l'audience; les avoués prennent leurs conclusions, les déposent, signées par eux, entre les mains du greffier, et la cause est plaidée et jugée immédiatement. On s'est demandé s'il était permis aux avoués de se signifier respectivement des conclusions. Je crois que tel est le sens de la loi lorsqu'elle dit que l'affaire sera jugée sur un simple acte. On interprète généralement ces mots dans le sens d'une sommation d'audience ou d'un *à venir* (1). Ce n'est pas, à mon avis, ce qu'a voulu dire le législateur. Un *à venir* sera le plus souvent inutile, car l'assignation a fixé le jour de la comparution, et si par quelque considération *extraordinaire* le tribunal croyait devoir accorder une remise, elle serait ordonnée contradictoirement à jour fixe (2); la loi, en parlant d'un *simple acte*, n'a donc pu avoir en vue que les conclusions non grossoyées, signifiées au nom des parties. C'est ce qui résulte expressément de ces termes du décret de 1808, article 66 : La cause sera appelée *sur simples mémoires*. C'est enfin le sens dans lequel l'expression de *simple acte* est employée par l'article 337 du code de pro- Art. 405.

(1) V. Carré, Lois de la procédure, sur l'art. 405, à la note.

(2) Décret du 30 mars 1808, art. 66.

ART. 405. cédure (1). Le défendeur devrait signifier ses conclusions avant l'expiration des délais fixés pour l'audience, sinon l'affaire serait jugée sur plaidoirie (2). Mais il faudrait dans tous les cas déposer des conclusions entre les mains du greffier, afin d'établir la corrélation qui doit exister entre les prétentions respectives des parties et le jugement qui les accueille ou les rejette (3).

(1) Il est vrai que l'ordonnance de 1667, tit. 17, article 7, disait : Les matières sommaires seront jugées à l'audience, incontinent après les délais échus, sur un simple acte *pour venir plaider*, sans autres procédures ni formalités. — Mais une sommation d'audience était nécessaire alors, parce que la constitution du procureur se faisait au greffe, soit dans le délai de l'assignation, soit dans un second délai après celui de l'assignation, lequel, en matière sommaire, était de trois jours. Il n'y avait donc rien de fixe dans les délais pour comparaître, puisqu'ils pouvaient s'augmenter des délais de surséance.

(2) Je dois rappeler ici que les avoués peuvent plaider, dans les causes où ils occupent, *les incidents de procédure et les demandes incidentes de nature à être jugées sommairement*. Ordonn. du 27 février 1822. V. tom. 1, p. 596.

(3) Décret du 30 mars 1808, art. 71. — Mais l'article 70, qui veut que les conclusions soient signifiées *trois jours au moins avant l'audience*, ne me paraît pas s'appliquer aux affaires sommaires, car il n'exige l'observation de ce délai que dans les affaires portées *aux affiches*, c'est-à-dire qui doivent se juger à tour de rôle.

Rien de plus célère et de plus simple que cette marche de la procédure sommaire. Art. 405.

Cependant cette sévérité dans l'observation des délais n'est imposée que pour les causes qui présentent le caractère d'une extrême urgence. Le décret de 1808 donne pour exemple : les causes instruites par assignation à bref délai, les incidents de procédure qui ne tiennent point au fond, tels que les déclinatoires, les demandes renvoyées à l'audience en état de référé, celles à fin de mise en liberté ou de provision alimentaire. Quant aux autres causes sommaires qui ne présenteraient pas le même degré d'urgence, des remises pourraient être accordées; mais ces affaires seraient néanmoins dispensées du tour de rôle. C'est ce qui résulte de l'article 24 du même décret, qui veut qu'une heure soit employée, dans chaque audience ordinaire, pour l'expédition des *affaires sommaires* (1).

Les règles sur la communication au ministère public, sur les jugements par défaut et les oppositions, sur les jugements de défaut-joint, sont applicables à la procédure sommaire. Seulement la requête d'opposition à un juge-

(1) Cette disposition n'est guère observée dans la pratique.

ART. 405. ment par défaut ne devrait pas être grossoyée, mais contenir de simples conclusions motivées. — Autrefois l'exécution provisoire pouvait toujours être ordonnée par le juge lorsqu'il statuait en matière sommaire, pourvu que la condamnation n'excédât pas une somme déterminée (1); aujourd'hui cette faculté n'est accordée que dans les cas spécialement prévus par la loi (2).

406. Les demandes incidentes et les interventions sont formées par requête d'avoué ne contenant que de simples conclusions motivées. Pour prévenir toute équivoque, la section du tribunat proposa de rejeter le terme de *requête*, et de dire que les demandes incidentes et les interventions seraient formées par *simple acte* contenant les conclusions motivées. Mais ce changement de rédaction a semblé inutile, l'intention de proscrire les actes grossoyés étant suffisamment indiquée.

La procédure des affaires sommaires n'avait pas, dans notre ancienne pratique, ce caractère uniforme de simplicité célère. L'ordonnance voulait, comme notre code, qu'elles

(1) Ordonn. de 1667, tit. 17, art. 12 et 13.

(2) Code de proc. civ., art. 135.

fussent jugées à l'audience sans procédures ni formalités; mais l'instruction écrite avait, dans les mœurs judiciaires, de trop profondes racines, pour que l'autorité de l'ordonnance ne vînt pas se briser contre la puissance de l'habitude. Art. 406.

Il y avait en effet certaines causes classées au nombre des matières sommaires et dont la procédure n'était qu'une instruction écrite plus prompte et moins coûteuse. Cette spécialité de l'instruction par écrit, c'était l'*appointement à mettre* (1). Les parties devaient, dans les trois jours de l'appointement ordonné à l'audience et signifié à la requête de la partie la plus diligente, produire leurs pièces au greffe à l'appui de leurs conclusions. Cette production était accompagnée d'un inventaire ou pièce d'écritures, dans laquelle, après avoir transcrit ses conclusions, on énonçait les actes employés ou produits; puis la sentence définitive était rendue sur le rapport de l'un des juges ou conseillers. L'appointement à mettre était en usage notamment lorsqu'il s'agissait de prononcer sur des demandes en provision, sur les demandes à fin de séquestre, et généralement dans les affaires provisoires, bien qu'elles ren-

(1) J'ai déjà parlé de cette procédure, *suprà*, p. 51.

Art. 406. trassent dans l'énumération des matières sommaires, aux termes de l'article 5, titre 17 de l'ordonnance (1). Il est vrai que ces matières n'étaient réputées sommaires que lorsqu'elles n'excédaient pas mille livres; mais, comme nous l'apprend Rodier, « on ne fait de *clausion sommaire* (appointement à mettre) que lorsque l'objet de la contestation est au-dessous de *mille livres*, et qu'il ne s'agit d'aucun droit perpétuel ni de matières de règlements. On en use de même dans la plupart des sénéchaussées et autres juridictions inférieures (2). »

Toutefois, la règle qui voulait que les causes sommaires fussent jugées à l'audience, et sans procédure, était la plus généralement appliquée, et les auteurs qui s'attachaient plus au texte de la loi qu'aux hardiesses de la pratique enseignaient que ces sortes de causes ne devaient jamais être soumises à l'appointement (3).

(1) Denizart, v° appointement, n° 10.

(2) Sur l'ordonn. de 1667, tit. 11, art. 9 et 10, question 1. Cependant ce n'était pas une règle sans exception.

(3) V. Pigeau, Procéd. du Châtelet, tom. 1, p. 314.— « On a pourtant introduit au Châtelet, dit Sallé, l'usage de défendre par écrit dans bien des matières sommaires; ce qui est une contravention formelle à l'ordonnance. » (Comment. sur l'art 7, tit. 17.)

Notre code de procédure a suivi sur un autre point les dispositions de l'ordonnance; c'est lorsqu'il s'agit de procéder à une enquête. L'ordonnance de 1667 enjoignait aux juges d'ouïr les témoins à l'audience en la présence des parties (1); mais il semblait que cette innovation dût révolter les susceptibilités de la haute magistrature, en imposant à la solennité de ses audiences le concours profane des témoins. Aussi le texte se hâtait-il d'ajouter: «Néanmoins, à l'égard de nos cours, des requêtes de notre hôtel et du palais, et des présidiaux, les témoins pourront être ouïs au greffe par un de nos conseillers.» Poser une limite, c'est inviter l'esprit de corps à la franchir. Aussi toutes les juridictions voulurent-elles user de la faculté accordée aux cours souveraines, de sorte que la première partie de la disposition de l'ordonnance ne fut pas observée. « Il est rare, dit Rodier, que dans *aucune juridiction* les témoins soient ouïs à l'audience : on se contente d'écouter et juger les reproches, de faire jurer les témoins, et on renvoie à prendre leurs dépositions à la descente. » Art. 407.

(1) V. l'ordonnance de 1667, tit. 17, art. 8.—V. aussi ordonn. du 15 février 1519, art. 25 et 24 ; de 1535, ch. 12, art. 5 ; de 1560, art. 57 ; de 1579, art. 153.

Art. 407. La disposition du code est générale; elle est impérative : « S'il y a lieu à enquête, le jugement qui l'ordonnera contiendra les faits, sans qu'il soit besoin de les articuler préalablement, et fixera les jour et heure où les témoins seront entendus à l'audience. »

Je ne m'arrêterai point à établir un parallèle entre les deux espèces d'enquête *ordinaire* et *sommaire*. Il y a longtemps que les meilleurs esprits sont d'accord sur les avantages que présente ce dernier mode de procédure, et qu'ils ont fait des voeux pour voir substituer, dans toutes les affaires, à l'enquête écrite devant un commissaire, l'enquête orale devant les juges assemblés. Ce qui est aujourd'hui l'exception devrait être la règle.

On comprend que ce changement dans le mode d'audition des témoins doit exiger l'observation de quelques formalités spéciales. Néanmoins un certain nombre des dispositions relatives à l'enquête ordinaire sont applicables dans la confection des enquêtes sommaires.

Il y a d'abord une différence capitale entre l'enquête sommaire et l'enquête ordinaire. En matière ordinaire, l'enquête se fait devant un

commissaire qui entend les témoins hors de Art.
l'audience, et qui dresse procès-verbal des 407.
dépositions par lui reçues. En matière sommaire, c'est le système de la publicité qui domine; c'est le tribunal entier qui recueille dans les paroles du témoin, dans son geste, sur son visage, dans les inflexions de sa voix, les éléments de conviction qui détermineront le jugement.

Il y a aussi une différence secondaire. Les faits, au lieu d'être articulés préalablement par acte d'avoué à avoué, avec sommation de les reconnaître ou de les dénier dans les trois jours, peuvent être articulés sur le barreau. La partie adverse peut aussi les reconnaître ou les dénier à l'audience. C'est une économie de temps et de frais.

Le jour de l'audition des témoins est fixé par 409.
le tribunal. Si l'une des parties demande une prorogation de délais, l'incident est jugé sur-le-champ (1).

Il ne peut s'agir ici, comme en matière ordinaire, d'une prorogation des délais fixés pour la

(1) L'ordonnance de 1667, tit. 17, art. 8, défendait de proroger le délai de l'enquête, ce qui devait seulement s'entendre, suivant Rodier, du cas où il y avait faute de la partie. — V. la même ordon., tit. 16, art 8.

ART. 409. confection de l'enquête, car la loi n'a pas déterminé le temps dans lequel l'enquête sommaire devrait être parachevée. La prorogation demandée n'aura d'autre but que d'obtenir la fixation d'un jour plus éloigné pour procéder à l'audition des témoins. Cette demande devra donc être formée avant le jour fixé pour l'enquête, ou du moins au jour indiqué pour y procéder. La prorogation pourrait être accordée non-seulement dans le cas où l'impossibilité de faire entendre les témoins à l'audience indiquée résulterait d'un cas fortuit, mais encore lorsqu'elle serait la conséquence d'une faute imputable à la partie, si par exemple l'assignation aux témoins ou la dénonciation à l'adversaire étaient entachées de nullité (1). — L'enquête une fois commencée, les parties pourraient encore solliciter le renvoi à un autre jour pour faire entendre de nouveaux témoins; mais ce ne serait pas, à proprement parler, une prorogation qui serait alors demandée, puisque la loi n'a pas fixé de délai pour terminer l'enquête; ce serait plutôt une *continuation*. Toutefois les juges ne de-

(1) V. arrêt de la cour de cassation du 9 mars 1819, Dalloz, tom. 6, p. 877; et Limoges, 22 juillet 1837, Dalloz, 38, 2, 144.

vraient l'accorder qu'avec une certaine réserve. ART.

Les témoins sont assignés comme dans l'enquête ordinaire, au moins un jour avant l'audition, avec augmentation de délais à raison des distances. On donne en même temps à chaque témoin copie du dispositif du jugement en ce qui concerne les faits admis. 408.

Mais quelles sont les formalités exigées en ce qui concerne la partie?

Un premier doute s'est élevé sur la nécessité de signifier à l'avoué le jugement ordonnant l'enquête. Plusieurs arrêts se sont prononcés pour l'inutilité de cette signification, par le motif que ce serait, en multipliant les frais, se mettre en opposition avec l'esprit de la loi, qui, dans les matières sommaires, tend principalement à les réduire (1). Un arrêt de la cour de cassation, du 22 décembre 1840, en adoptant la même solution, s'appuie sur le silence de l'article 413, qui, parmi les formalités rendues communes à l'enquête sommaire, n'indique pas la nécessité de signifier à l'avoué de la partie le jugement qui ordonne ce moyen d'instruction (2). 413.

(1) Turin, 18 novembre 1807; Paris, 10 juin 1812; Bruxelles, 16 octobre 1822.

(2) Dalloz, 41, 1, 55. L'arrêt contient en outre des

Art. 413. Je ne saurais me rendre à cette opinion. — En ce qui touche l'économie des frais, on n'a pas réfléchi que la signification du jugement, qui n'augmente la taxe que de quelques déboursés, est au contraire un moyen d'éviter des frais plus considérables. Chaque partie ne doit-elle pas notifier aux témoins qu'elle assigne, une copie du dispositif du jugement? Pour se conformer à cette disposition, dont l'inobservation entraîne nullité, il faudra donc, à défaut de signification, que chacune des parties lève de son côté une expédition du jugement? Certes l'économie n'est pas du côté de ce système.

Le motif donné par la cour de cassation ne me paraît pas plus concluant. Il est vrai que l'article 257 indique comme formalité préalable à l'enquête ordinaire la signification du jugement à l'avoué, tandis qu'il n'en est nullement question au titre des matières sommaires. Mais cela s'explique : en matière ordinaire la signification se rattache à la procédure de l'enquête. C'est le point de départ des délais pour y

motifs particuliers de décider, tirés de ce qu'il s'agissait d'un jugement dont le demandeur n'avait pas besoin d'invoquer l'autorité, et qu'il n'était pas dès lors obligé de signifier.

procéder. Elle devait donc être mentionnée d'une manière spéciale. La signification du jugement ne joue pas le même rôle dans l'enquête sommaire, car le jour de l'audition des témoins est fixé par la décision du tribunal. Il était donc inutile de rappeler la nécessité de cette signification, puisque dans ce cas elle ne se rattache pas au système de la procédure des enquêtes. Mais s'ensuit-il que le jugement ne doive pas être signifié ? Non, car l'article 147 du code de procédure pose en principe que, s'il y a avoué en cause, le jugement ne pourra être exécuté qu'après avoir été signifié à avoué, *à peine de nullité*. Cette signification doit donc précéder tous les actes faits en exécution du jugement qui a ordonné l'enquête. Il s'agit ici d'une règle générale dont l'application a son utilité, soit pour mettre le défendeur à l'enquête en demeure d'appeler ses témoins s'il juge à propos d'en faire entendre, soit pour qu'il se trouve en mesure de se conformer à la loi qui exige la notification aux témoins du dispositif du jugement (1). Art. 413.

Mais il est une autre formalité dont la loi

(1) V. en ce sens, arrêt de Bruxelles, 2 juillet 1829, et M. Thomine Desmazures, t. 1, p. 632.

Art. 413. semble exclure la nécessité, c'est l'assignation donnée à la partie pour être présente à l'enquête. Tout en se référant à l'article 261, le texte de l'article 413 emprunte seulement aux formalités qu'il indique la disposition relative à la copie des noms des témoins dont signification doit être faite à la partie au domicile de son avoué; l'assignation n'est plus exigée.—M. Chauveau en donne cette raison : c'est que le jour de l'audition des témoins est, dans ce cas, fixé par le jugement, tandis qu'en matière ordinaire il n'est indiqué que par l'ordonnance du juge, rendue en l'absence de l'adversaire (1). Mais ce motif ne justifierait pas à lui seul la différence signalée; car le jugement interlocutoire n'est signifié qu'à l'avoué, tandis que c'est la partie elle-même qui doit être avertie de comparaître. Je préférerais l'expliquer par cette observation : c'est qu'en matière ordinaire, l'enquête ayant lieu devant un juge commis, il faut une assignation nouvelle qui mette la partie en demeure de comparaître devant cette juridiction spéciale. Tandis qu'en matière sommaire, l'enquête ayant lieu à l'audience, devant le tribunal, il n'est pas nécessaire d'ap-

(1) Lois de la procédure, quest. 1486 *bis*.

peler les parties, parce que l'ajournement primitif est une mise en demeure suffisante d'assister, si elles le jugent convenable, à chacune des audiences où se débattent leurs intérêts (1). Au surplus cette controverse n'a pas une grande importance; car, les mêmes délais et les mêmes formes devant être observés pour la dénonciation des noms des témoins, qu'elle soit ou non accompagnée d'assignation, on fera sagement, pour éviter toute difficulté, d'assigner la partie au domicile de l'avoué, et c'est ce qui a lieu généralement dans la pratique. ART. 413.

On appliquera également à l'enquête sommaire les dispositions relatives à l'amende et aux peines contre les témoins défaillants; les

(1) Un arrêt de Limoges, du 22 juillet 1837, proclame dans ses motifs que l'assignation à la partie n'est exigée qu'en matière d'enquête ordinaire; Dalloz, 38, 2, 144. Un arrêt de la cour de cassation du 20 juin 1814, Journal des Avoués, tom. 11, p. 62, et un autre d'Agen, 26 août 1829, *ibid.* tom. 42, p. 286, semblent supposer la nécessité de l'assignation; mais il est facile de s'apercevoir que ce n'est pas la question que ces arrêts avaient à décider, mais seulement celle de savoir si la copie des noms des témoins, qui, dans l'espèce, était accompagnée d'une assignation, avait été signifiée dans les délais de la loi et au lieu indiqué par elle.

ART. 413. prohibitions d'entendre les conjoints des parties, les parents ou alliés en ligne directe; les reproches contre les témoins, la manière de les juger; les règles sur les interpellations aux témoins, et sur la taxe; sur la fixation du nombre des témoins dont les voyages passent en taxe ; sur la faculté d'entendre les individus âgés de moins de quinze ans révolus (1).

Il y a cependant une observation importante à faire en ce qui concerne les reproches. On sait qu'en procédant à l'enquête ordinaire, le juge-commissaire doit entendre, dans sa déposition, le témoin reproché (2). C'est qu'il n'a pas qualité pour statuer sur la validité des reproches; c'est au tribunal à prononcer. Si la cause du reproche est justifiée, la sanction de la loi consiste dans la prohibition faite aux juges de recevoir ou de prendre eux-mêmes lecture de la déposition du témoin reproché. C'est encore là une imperfection inhérente au système des enquêtes écrites. Il y a dans l'enquête verbale une garantie plus efficace que cette abstention imposée aux juges. Les reproches sont proposés à l'audience. Sont-ils admis?

(1) Code de proc., art. 263, 264, 265, 268, 290, 271, 275, 276, 277, 281, 282, 283, 284, 285, 287.

(2) V. tom. 4, p. 388.

le témoin ne dépose pas. Ici l'on n'a pas à redouter cette influence occulte qu'exerce sur l'esprit des juges, parmi lesquels siége le juge-commissaire, le souvenir qu'a dû laisser dans l'esprit de ce dernier la déposition par lui recueillie. Art. 413.

Cependant M. Chauveau propose une distinction. Il veut que le tribunal, procédant à l'enquête sommaire, reçoive, dans tous les cas, la déposition du témoin reproché, lorsque la cause est sujette à l'appel : car, dit-il, l'infirmation qui pourrait avoir lieu sur l'appel du jugement qui accueille le reproche, deviendrait sans objet, puisque la déposition n'aurait pas été faite, et que bien souvent on ne pourrait suppléer à cette omission (1). — Ainsi l'on sacrifierait à l'éventualité d'un appel le principe qui veut que les juges, en statuant au fond, n'aient pas connaissance de la déposition du témoin reproché; ils s'exposeraient à subir l'influence de la déposition d'un témoin valablement reproché, et à rendre une décision injuste, uniquement pour préparer aux juges supérieurs des moyens de réformation. C'est compter pour bien peu de chose le jugement de première instance, que d'en laisser altérer la pureté,

(1) Lois de la procéd., quest. 1120 *ter* et 1486 *quater*.

Art. 413. pour réserver à la juridiction du second degré plus d'éléments d'appréciation. — Si les juges d'appel pensaient que le reproche était mal fondé et n'eût pas dû être accueilli, n'ont-ils pas la ressource d'ordonner l'audition du témoin devant eux? M. Chauveau objecte qu'il pourrait se faire que le témoin fût décédé, ou que tout autre obstacle s'opposât à son audition sur l'appel. Avec de semblables prévisions, la loi ne pourrait jamais être exécutée. Car, si l'instance n'était pas susceptible d'appel, on pourrait au moins se pourvoir en cassation contre le jugement qui accueille le reproche ; il faudrait donc même, dans ce cas, recevoir par provision non-seulement la déposition du témoin reproché, mais encore constater par écrit toutes les dépositions ; car est-il bien certain qu'après la cassation du jugement, les témoins pourront être entendus devant les juges auxquels la cause est renvoyée ? Les dispositions de la loi ne sont pas organisées en vue de cas extraordinaires et fortuits ; de trop minutieuses prévisions lui feraient perdre son caractère d'unité et de simplicité. Il ne faut pas sacrifier les vues d'ensemble aux aperçus de détail (1).

(1) V. tom. 4, p. 389 et un arrêt de la cour de cassation du 2 juillet 1833 ; Dalloz, 33, 1, 339.

Il résulte de ces règles particulières à l'en- Art.
quête sommaire, que le jugement sur les re- 413.
proches ne sera pas, comme en matière ordinaire, l'objet d'un incident distinct et séparé du fond. Le tribunal prononce sur les reproches, à mesure que les témoins se présentent, et ces décisions successives se trouvent constatées par le jugement qui statue définitivement sur le fond. L'appel du jugement sur les reproches ne peut donc être interjeté qu'avec l'appel du jugement définitif.

Cependant il peut se faire qu'un reproche n'étant pas justifié par écrit, il y ait lieu, conformément à l'article 289 du code, d'en faire la preuve par témoins. Il faudrait alors rendre un jugement particulier pour ordonner cette preuve. C'est donc une nouvelle enquête sommaire qui survient incidemment à la première, et la déposition du témoin reproché ne sera reçue que lorsque les faits servant de base au reproche auront été apurés et rejetés.

Les reproches ont été proposés et jugés; les 410.
témoins sont entendus : si le jugement sur le fond n'est pas susceptible d'appel, il n'est point dressé procès-verbal de l'enquête; on doit seulement faire mention dans le jugement des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions.

Art. 411. Si le jugement est susceptible d'appel, il est dressé procès-verbal qui contient les serments des témoins, leur déclaration s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches qui auraient été formés contre eux, et *le résultat* de leurs dépositions.— Observez qu'il ne s'agit pas ici de *mentionner* seulement le résumé de l'ensemble des dépositions de l'enquête. Le procès-verbal doit être rédigé à mesure que chaque témoin est entendu. C'est donc une reproduction spéciale de la substance de chaque déposition que doit contenir le procès-verbal; dans l'usage on a soin de donner lecture au témoin de la partie du procès-verbal qui le concerne, de lui faire signer sa déposition, ou de mentionner qu'il ne sait ou ne peut signer. Ces formalités sont suivies par analogie des dispositions de l'article 39, relatif aux enquêtes devant le juge de paix, et de l'article 432 sur la procédure commerciale. Le procès-verbal est signé par le président et le greffier.

Il est arrivé que les juges du premier degré, se méprenant sur l'étendue de leur compétence, et sur l'application des règles du premier et du dernier ressort, ont omis de faire rédiger procès-verbal des dépositions, quoique

l'instance dût être soumise à l'appel. La conséquence de cette omission, c'est la nullité du jugement; car cette violation d'une forme essentielle ne permet pas d'apprécier les éléments de la décision du juge. Cependant la cour, en annulant la sentence des premiers juges, aura le droit de statuer sur le fond, si, indépendamment des preuves qui pourraient résulter d'une nouvelle enquête, se rencontraient déjà dans la cause des éléments suffisants de conviction (1); mais la cour devrait prononcer sur la nullité et sur le fond par un seul et même arrêt, conformément à la disposition de l'article 473 du code de procédure; de sorte que, si l'affaire n'était pas en état de recevoir immédiatement une décision définitive, la cour, en annulant la sentence des premiers juges, devrait renvoyer, pour faire droit au fond, devant un autre tribunal qui pourrait procéder à une enquête nouvelle (2). Art. 411.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 27 avril 1840; Dalloz, 40, 1, 191.

(2) L'arrêt cité dans la note qui précède semble admettre que les juges d'appel peuvent, afin de suppléer au procès-verbal, ordonner eux-mêmes une nouvelle audition de témoins. Je préfère la doctrine consacrée par un arrêt de la même cour, en date du 24 janvier 1827 (Dalloz, 27, 1, 121), qui décide que cette omission

Art. 412. Il est une hypothèse dans laquelle l'enquête doit toujours être rédigée par écrit, que la matière soit ou non susceptible d'appel. C'est le cas où les témoins étant éloignés ou empêchés, le tribunal saisi de la demande commet, pour recevoir leurs dépositions, le tribunal ou le juge de paix de leur résidence. Mais cette hypothèse, comme toutes celles qui modifient la marche régulière de la procédure, donne lieu à d'assez graves difficultés.

J'ai vu se développer devant la cour royale de Poitiers de singulières complications à propos de cette délégation d'un tribunal pour procéder à l'enquête.

La cour, saisie d'un appel en matière d'ordre, avait, par un premier arrêt, commis le tribunal civil de Jonzac pour faire enquête et contre-enquête, conformément aux dispositions de l'article 412 du code de procédure. Les parties constituèrent avoué devant le tribunal délégué. Le demandeur à l'enquête concluait à ce qu'il y fût procédé à l'audience devant le tribunal entier; mais le tribunal crut devoir

entraîne nullité du jugement; ce qui implique la nécessité de renvoyer devant d'autres juges du premier degré lorsqu'une nouvelle enquête est nécessaire.

commettre un de ses membres pour entendre Art.
les témoins et dresser son procès-verbal. Alors 412.
le demandeur, sous l'influence de cette idée que les opérations de l'enquête rentraient dans la juridiction du tribunal, bien qu'un juge eût été commis pour l'audition des témoins, assigna le défendeur pour être présent à l'enquête et lui dénonça les noms des témoins, au domicile de l'avoué constitué devant le tribunal de Jonzac. Le défendeur prétendit que l'assignation et la dénonciation devaient être signifiées au domicile de l'avoué qui occupait devant la cour, et que les délais des distances devaient être calculés sur l'éloignement de ce domicile. Des réserves furent établies à cet égard lors de la comparution à l'enquête. Le demandeur, à tout événement, avait pris la précaution de faire les mêmes notifications au domicile de l'avoué près la cour, mais les significations étaient tardives et les délais insuffisants.

On revint devant la cour, et, par arrêt du 8 mai 1844, il fut jugé que la partie devait être assignée au domicile de l'avoué qui occupait sur l'appel, parce que l'enquête avait eu lieu *de l'autorité de la cour;* que les délais devaient être calculés à raison de la distance entre le domicile de cet avoué et le domicile de la

Art. 412. partie ; qu'enfin l'avoué de Jonzac n'avait pas qualité pour représenter la partie dans l'enquête (1). En conséquence, l'enquête fut déclarée nulle.

Les particularités de cette cause présentaient l'ensemble des difficultés d'application que soulève l'article 412 (2). On peut résumer ainsi les enseignements à en induire :

En premier lieu, il faut entendre la disposition de l'article en ce sens que le tribunal commis ne doit pas procéder lui-même à l'enquête, mais que la délégation comporte seulement le pouvoir de désigner un de ses membres pour recevoir les dépositions. Le tribunal ne doit entendre les témoins à l'audience que pour établir par leurs déclarations les bases de sa conviction. L'enquête orale n'a plus aucune utilité dès que les juges ne sont pas appelés à statuer sur le résultat de l'enquête. Il ne s'agit

(1) L'arrêt ne se trouve pas dans les recueils.— Il est à regretter que sur la question principale il se borne à donner ce motif unique : « Attendu que l'avoué de Jonzac n'avait pas qualité pour représenter la partie ; » ce qui était précisément le point en contestation.

(2) La plupart de ces difficultés ne se seraient pas présentées, si la cour, au lieu de désigner un tribunal, eût elle-même délégué un juge du tribunal, comme l'article 1035 lui en donnait le pouvoir.

plus que d'une opération matérielle à laquelle un juge unique doit toujours présider. ART. 412.

L'article 1035 du code de procédure, qui semble au premier aperçu contraire à cette interprétation, la confirme en réalité : « Quand il s'agira de recevoir un serment, une caution, *de procéder à une enquête*, à un interrogatoire sur faits ou articles, de nommer des experts, et généralement de faire une opération quelconque en vertu d'un jugement, et que les parties ou les lieux contentieux seront trop éloignés, les juges pourront commettre *un tribunal voisin, un juge, ou même un juge de paix*, suivant l'exigence des cas ; ils pourront même autoriser un tribunal à nommer soit un de ses membres, soit un juge de paix, pour procéder à l'opération ordonnée. »

Il ne faut pas, en effet, conclure de ce texte qu'en matière d'enquête un tribunal puisse être commis pour y procéder lui-même. La loi dit qu'un tribunal, un juge ou même un juge de paix seront commis *suivant l'exigence des cas*. Il faut l'entendre en ce sens que si la matière exige l'exercice de la juridiction, comme lorsqu'il s'agit de recevoir un serment, une caution, ou de nommer des experts, un tribunal sera commis ; que, s'il s'agit d'une

Art. 412. simple opération, c'est un juge ou même un juge de paix qui sera désigné; qu'enfin un tribunal peut bien être indiqué lorsqu'il s'agit de procéder à une opération, mais uniquement pour l'autoriser à nommer soit un de ses membres, soit un juge de paix chargé d'en diriger l'exécution. L'article 412 reçoit son complément et son interprétation de la dernière partie du texte de l'article 1035 (1). Le demandeur pourra donc se pourvoir par simple requête devant le tribunal indiqué, pour faire commettre un juge à l'effet de procéder à l'enquête.

En second lieu, l'enquête étant faite devant un juge-commissaire, on n'appliquera pas les règles spéciales en matière d'enquête sommaire, mais celles que le législateur a tracées pour la confection de l'enquête ordinaire.

Ainsi les opérations de l'enquête devront commencer par la présentation d'une requête au juge-commissaire à l'effet d'obtenir fixation du jour de l'audition des témoins. Cette formalité sera remplie, à peine de déchéance, dans le délai fixé par le jugement ou l'arrêt qui a or-

(1) Voyez dans ce sens, MM. Carré et Chauveau, Lois de la procédure, question 1486; Favard de Langlade, tom. 2, p. 571, n° 3; Dalloz, tom. 6, p. 878, n° 4.

donné l'enquête (1). Mais quel sera le point de départ de ce délai? Je crois qu'il ne devra courir que du jour de la signification du jugement qui désigne le juge-commissaire, car les formalités à remplir dans le délai fixé supposent cette désignation connue des parties. Cette signification sera faite à l'avoué qui occupait lors du jugement ou de l'arrêt par lequel a été ordonnée l'enquête; c'est aussi au domicile de cet avoué que devront être signifiées l'assignation à la partie et la dénonciation des noms des témoins, car le tribunal délégué, en commettant un juge, a épuisé ses pouvoirs; et, comme il n'a plus, relativement à l'enquête, de juridiction à exercer, le ministère des avoués qui occupent devant lui cesse en même temps, parce qu'il est restreint dans les mêmes limites (2). Ici se présente la nécessité d'assigner la partie au domicile de l'avoué; car c'est devant le juge-commissaire, et non devant le tribunal, que les témoins doivent être enten-

ART. 412.

(1) Code de procédure, art. 258.

(2) Ce tribunal exercerait néanmoins sa juridiction sur tous les incidents qui se rattacheraient à la nomination du juge-commissaire; par exemple, il lui appartiendrait de statuer sur la récusation proposée. V. tom. 5, p. 524.

Art. 412. dus (1). — Les autres règles de l'enquête ordinaire relatives aux délais dans lesquels l'enquête doit être parachevée, aux demandes en prorogation (2), aux formalités à observer lors de l'audition, devront être également appliquées. M. Chauveau conteste ce point, et prétend que le juge commis pour procéder à une enquête en matière sommaire ne doit pas observer les formalités prescrites par le titre 12 du code de procédure (3); mais il est évident que l'on ne peut appliquer à l'enquête écrite les dispositions qui régissent l'hypothèse d'une enquête orale reçue à l'audience par le tribunal.

Le procès-verbal du juge-commissaire sera transmis au greffe du tribunal ou de la cour saisis du fond; expédition sera délivrée à la partie la plus diligente, laquelle en signifiera copie à l'avoué de la partie adverse.

Il ne reste plus qu'à examiner les conséquences légales de l'interversion opérée par

(1) V. *suprà*, p. 96.

(2) La demande en prorogation devrait être jugée par le tribunal ou la cour qui a ordonné l'enquête. V. code de proc., art. 279 et 280.

(3) Lois de la procédure, quest. 1486.

l'application de la procédure sommaire à une cause ordinaire, ou de la procédure ordinaire à une cause sommaire. Art.

Il faut distinguer ce qui dans la procédure est du fait des parties et ce qui est du fait du juge.

Une cause est ordinaire : les parties ont la faculté de renoncer à la forme des requêtes permises par les articles 77 et 78 du code, et de s'en tenir à la signification de simples conclusions. Mais le juge, à peine de nullité, ne pourrait avant l'expiration du délai de quinzaine, à partir de la constitution d'avoué, donner défaut contre le défendeur qui refuse de conclure, ni contre le demandeur avant l'expiration de la huitaine accordée pour signifier sa réponse. L'abréviation des délais de l'instruction ne peut résulter que de la nature sommaire de la cause. —Enfin, le jugement qui ordonnerait l'audition des témoins à l'audience, dans une matière soumise à l'instruction ordinaire, serait nul, comme violant la plupart des dispositions dont l'observation est prescrite à peine de nullité. Je croirais néanmoins que l'exécution donnée à ce jugement par les parties, les rendrait non recevables à l'attaquer; mais je n'attribuerais pas la même puissance

Art. 404. au consentement qu'elles auraient donné à l'avance en demandant formellement l'application de ce mode de procédure. Les parties ne peuvent pas dispenser le juge de l'observation de la loi; mais elles peuvent se soumettre à la violation qu'il a consommée.

Voici maintenant le cas inverse. Une cause est sommaire; les parties ont néanmoins procédé dans les formes et les délais de l'instruction ordinaire, ce n'est qu'une superfétation de procédures inutiles. Le juge taxateur seul aura mission de rappeler aux parties le texte et la sanction de la loi, en taxant l'instance comme sommaire, et en laissant respectivement à leur charge ou à celle des avoués les frais et les déboursés des actes qui surchargent la procédure (1). — Les juges ont-ils, dans le cours d'une instance sommaire, ordonné de

(1) Arrêt de la cour de cassation du 27 décembre 1837; Dalloz, 38, 1, 75. — Si le juge taxateur avait mal à propos appliqué la taxe ordinaire à une matière sommaire, ou *vice versâ*, on se pourvoirait par opposition; mais si un chef du jugement portait que la taxe aura lieu comme en matière ordinaire ou comme en matière sommaire, la partie qui voudrait attaquer ce chef du jugement ne pourrait en obtenir la réformation que sur l'appel ou par voie de cassation. Nîmes, 6 juillet 1840; Dalloz, 41, 2, 204.

procéder à l'enquête hors de l'audience et devant un juge commis ? leur jugement est entaché de nullité, car ils ont violé des formes qui touchent à l'ordre public parce qu'elles ont pour objet d'assurer la prompte expédition des affaires (1); mais, comme dans l'hypothèse précédente, l'*exécution* donnée au jugement rendrait les parties non recevables à s'en plaindre (2). Art.

J'ai développé les formalités de cette procédure, qui, par suite de tendances qu'il est impossible de méconnaître, est destinée à se généraliser de plus en plus, sinon à devenir une règle exclusive.

Le discrédit dans lequel semblent tomber les formes de la procédure ordinaire est-il bien le résultat d'un vice de la loi? n'est-il pas imputable à ceux qui l'exécutent, aux juges eux-mêmes chargés d'en surveiller l'exécution? — Qu'on en soit bien convaincu : le jour où,

(1) Arrêt de la cour de cassation du 1er août 1832, Dalloz, 32, 1, 342. — On doit excepter, bien entendu, le cas prévu par l'art. 412.

(2) Arrêts de la cour de cassation du 15 juillet 1834, Dalloz, 34, 1, 290; et du 27 mai 1839, Dalloz, 39, 1, 226.

ART. sans distinction entre les causes, et sans tenir compte de la matière du procès, on préférerait à des garanties méprisées comme vaines la rapidité des décisions judiciaires, ce jour, la science du droit aurait perdu sa valeur pratique, la justice son prestige, et le juge son autorité !

L'enchaînement des idées nous conduit naturellement à l'examen de la procédure devant les juridictions exceptionnelles, c'est-à-dire, devant les tribunaux de commerce, les arbitres et les juges de paix.

CHAPITRE XXXI.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

(Liv. 2, tit. 25, art. 414-442 du code de procédure.)

Les origines et l'organisation de la juridiction commerciale ont trouvé leur place dans ces pages brillantes où M. Boncenne a tracé le tableau de nos anciennes institutions judiciaires et des transformations qu'elles ont subies (1). On sait comment s'est développée, en conservant son caractère distinct et sa nature originelle, cette justice consulaire, contemporaine à son berceau de l'affranchissement des communes, et se rattachant par son organisation définitive au grand nom du chancelier Lhopital (2). Art.

Ceux qui cherchent le secret lien qui unit aux révolutions politiques de notre pays

(1) V. tom. 1, chap. 14.

(2) Ordonnances de 1563 et de 1566.

Art. les curieuses révolutions de nos institutions judiciaires, trouveront des rapprochements féconds dans le spectacle que présente cette juridiction nouvelle, grandissant avec le tiers état nouvellement constitué; protégée par les rois, auxiliaires de l'indépendance des communes; odieuse aux seigneurs, qui voyaient dans son institution une justice rivale, « et qui ont toujours soutenu que les consuls n'avaient que voir sur leurs justiciables (1); » juridiction roturière, qui n'a pu conquérir le droit du glaive, et qui, des antiques attributs donnés à l'allégorie de la justice, n'a conservé que la balance (2).

Au point de vue philosophique, la justice commerciale n'est pas moins digne des méditations du jurisconsulte. Des hommes choisis par leurs concitoyens, exerçant temporairement un ministère étranger à leurs habitudes; quittant le comptoir pour le tribunal, et le tribunal pour revenir au comptoir; aujourd'hui juges, demain justiciables des plaideurs de la veille; apportant dans l'administration de la justice, non l'expérience des lois, mais la pratique du commerce; voyant dans les textes un

(1) Loyseau, des Seigneuries, chap. 14, n° 68.
(2) V. tom. 1, chap. 6, p. 98.

obstacle plutôt qu'un appui; abandonnés sans secours et sans direction aux inspirations trompeuses d'une mobile équité! N'est-ce pas la réalisation d'une pensée qui préoccupa les novateurs de 1790 et de l'an II, qui préoccupe encore tous ceux que l'on voit couvrir du dédain de leur scepticisme notre organisation judiciaire, l'inflexibilité de nos lois et la complication des formes? C'est le jugement par les pairs, la justice réciproque; c'est presque le jury importé dans les contestations privées. Lorsque Sieyes proposait à l'assemblée constituante d'instituer, pour juger les affaires civiles, un jury composé sur une liste renouvelée tous les ans, chargé de prononcer à la fois sur la question de fait et sur la question de droit, c'était sans doute de sa part une étrange confusion entre le pouvoir du juge et la mission du juré; mais quelles objections eût-on pu faire contre son système, qui ne vinssent retomber sur cette juridiction consulaire, sanctionnée par le temps, éprouvée par l'usage, acceptée comme un bienfait?

Art.

Juge du droit et du fait, le commerçant ne se trouve ni dans les conditions du juré, ni dans celles du magistrat. Ce n'est pas un juré, car il déclare en même temps et le fait et le droit.

Art. Est-ce bien un magistrat, celui pour qui la mission de juger n'est qu'un accessoire d'une profession plus active qui l'attache au mouvement des intérêts humains; à qui le législateur semble dire, en le plaçant, étranger à la science du droit, sur le siége de la justice : Tu interrogeras ta conscience et ton intime conviction, et tu mettras s'il le faut les inspirations de ta sagesse personnelle à la place de ces règles absolues qui sont le résumé de la sagesse des siècles ?

Faut-il voir dans la justice commerciale une critique permanente, un péril dans l'avenir pour nos juridictions civiles ? Il y a bien longtemps que, dans la sphère qui leur est assignée, chacune d'elles fonctionne en regard de l'autre. Les justices commerciales sont restées ce qu'elles étaient à l'origine. On leur a pardonné, en faveur de leur simplicité native et de leur physionomie plébéienne, le crime d'être nées sous un régime odieux, dont la mémoire était proscrite. La justice civile a subi plus d'une épreuve, elle a expié par une longue humiliation sa vieille puissance dominatrice; ses autels sont tombés avec ses ministres ; et lorsqu'après la tourmente, une organisation

nouvelle a surgi, la justice civile a reparu ART. avec son caractère et ses éléments primitifs, épurée, mais non transformée. Les tribunaux civils, avec leurs juges esclaves de la loi, leurs officiers ministériels, leur procédure formaliste, leur jurisprudence traditionnelle, seront longtemps encore le type de l'administration de la justice; les tribunaux de commerce seront toujours une juridiction exceptionnelle : la simplicité de leur organisation, basée sur des motifs d'un ordre particulier, n'est pas destinée à envahir les juridictions rivales.

Ne croyez pas que l'avantage attaché à la juridiction commerciale consiste dans une liberté plus grande laissée à l'arbitraire équité du juge, et dans ce pouvoir « de statuer, comme le dit Bornier, *ex bono et æquo*, sans s'astreindre *aux subtilités* du droit. » Cette liberté, c'est la licence; ce pouvoir, c'est un abus; c'est un vice inhérent à l'organisation du tribunal, mais non pas une condition essentielle à sa justice : « Pour être habile consul, a dit un écrivain qui lui-même avait rempli cette charge avec honneur, il faut se faire une étude des ordonnances, et *ne jamais oublier qu'on ne peut contrevenir à ces ordonnances, sans*

Art. *manquer aux premiers principes de la science consulaire* (1). » Mais la science du magistrat ne s'acquiert pas sans efforts; l'étude des lois veut un culte exclusif, un dévoûment sans partage.

Cette faveur qui s'attache à la juridiction commerciale, malgré les imperfections qu'elle comporte, tient à des causes d'un ordre différent. Les rapports d'intérêt qu'établissent les transactions commerciales ne sont pas limités entre les contractants; ils se rattachent par un étroit lien à tous les rapports d'intérêt antérieurement créés, comme à ceux qui seront créés dans l'avenir. Le commerçant livré au mouvement des affaires ne compte pas seulement sur ses forces isolées pour diriger sa marche et maîtriser les événements, il s'appuie sur des forces étrangères; il ne jette pas seulement à la fortune ses propres ressources pour enjeu, il livre aux spéculations le tribut des ressources d'autrui. Ainsi, par cette mutualité de secours intéressés, qui constitue ce qu'on appelle *le crédit*, tantôt entraînant avec lui dans les hasards du commerce ceux qui fournissent des aliments à ses entreprises, tantôt entraîné lui-même dans les entreprises d'autrui,

(1) Nicodême, Exercice des commerçants, p. 5.

le commerçant trouve un emploi à ses capitaux en les confiant à l'industrie d'un autre, ou un emploi à ses forces et à son industrie en leur donnant pour levier les capitaux qu'on lui confie. Art.

Là se trouve donc réalisée une vaste association; cette promiscuité d'intérêts qui unit les uns aux autres les membres qui la composent, n'est pas comme dans les transactions civiles un fait accidentel, résultat de relations purement volontaires, c'est un fait général et nécessaire; de sorte qu'à l'intérêt de l'individu se rattache toujours un intérêt supérieur, celui de tous les commerçants, l'intérêt général du commerce. Voyez comment, dans les lois commerciales, se manifeste cette prééminence de l'intérêt général sur l'intérêt privé, de la masse sur l'individu. Une faillite est déclarée : le commerçant failli sera présumé coupable et privé de sa liberté. La loi fera revivre contre lui les antiques rigueurs de la loi romaine, et l'administration de ses biens conférée au représentant des créanciers rappellera la *missio in possessionem* prononcée par le préteur. Les droits si favorables de la femme seront sacrifiés ou restreints dans l'intérêt des créanciers du mari. Est-il tombé victime de malheurs im-

Art. prévus, a-t-il subi lui-même le contre-coup d'une faillite qui le ruine, il sera déclaré *excusable*, mais la loi le déshonore; elle lui retire, comme un gage pour ses créanciers, l'honneur de son nom, la pureté de sa vie, l'estime laborieusement acquise, et ne le réhabilitera qu'à prix d'argent (1).

Nous aurons plus d'une fois à signaler cette tendance du législateur, qui se manifeste jusque dans les formes de la procédure commerciale.

A cet intérêt général si largement favorisé, la loi devait donner des protecteurs. Elle les a trouvés dans les commerçants eux-mêmes. Partout où se rencontre cet intérêt de caste, cet esprit de corps qui dirige dans un intérêt commun les forces individuelles, on trouve la juridiction exercée pour le maintien de l'institution par le ministère intéressé de ceux qui la composent. Pour les actes de leur profession, le magistrat, l'avocat, comme l'officier ministériel, relèvent de leurs pairs, le soldat et le prêtre de leurs supérieurs; l'ouvrier lui-même a ses prud'hommes; et rien ne met plus en relief cette solidarité qui unit les commerçants entre eux, que cette grande institution

(1) Code de commerce, art. 443, 455, 460, 559 et suiv., 604 et suiv.

des tribunaux de commerce, composés de commerçants chargés de maintenir, dans l'intérêt de leur profession, les lois qui régissent les conventions commerciales. Art.

Lorsqu'en effet des intérêts identiques parviennent à se grouper en cherchant à se protéger mutuellement par la puissance de leurs forces collectives, c'est une société partielle qui se forme au milieu de la société générale. Bientôt elle se constitue à l'image de celle-ci : elle a ses lois et ses tribunaux. La volonté commune s'y manifeste peu à peu par l'usage. Puis quand l'usage a pris la fixité d'une règle unanimement admise, qui domine les actes et les conventions, alors les principes qu'il a consacrés passent dans la législation écrite. Mais les intérêts qui ont fondé l'usage avant la loi ne restent pas stationnaires. Ils se développent sous un nouvel aspect, de nouveaux besoins se révèlent ; et comme dans un cercle restreint où tous les efforts tendent au même but, les mêmes faits se représentent journellement, des usages nouveaux s'établissent à côté de la loi écrite, pour l'interpréter dans un sens uniforme, pour la dominer quelquefois. L'usage avait précédé la loi, plus tard il la complète ou la supplée ; aussi puissant que la loi elle-même,

Art. parce qu'il est, comme la loi, l'expression des intérêts de tous et de la volonté commune.

Tel est le phénomène que présente toute collection d'individus se dirigeant vers un même but par des moyens identiques. L'usage y tient une place importante à côté de la loi, parce que le contact des intérêts reproduit toujours les mêmes faits, enfante les mêmes conventions, exige la même interprétation, et sous-entend les mêmes clauses. A l'usage on ne peut donner de meilleurs interprètes que ceux qui le pratiquent et sont en même temps initiés à ses mystères et soumis à son empire.

Sans doute il pourra se faire que la loi ne soit pas sainement entendue, que les formes légales soient quelquefois violées, que les intérêts individuels ne trouvent pas pour la solution de certaines questions de suffisantes garanties dans la composition du tribunal; c'est un malheur, le législateur a dû le prévoir. Mais on peut assurer que les intérêts généraux du commerce seront toujours protégés, et que l'application de cette justice arbitrale, guidée par le sentiment de la conservation, fera gagner au commerce, en liberté d'action, en confiance plus étendue, ce que les intérêts

particuliers du plaideur peuvent perdre au relâchement des formes, ou par l'interprétation erronée de quelque texte obscur. ART.

C'est la gloire des tribunaux de commerce d'avoir compris leur mission. Sous leur vigilante sauvegarde, le commerce a pris un plus vigoureux essor, et ils se sont étudiés surtout à réaliser cette pensée du grand roi, *d'assurer la bonne foi contre la fraude* (1).

Mais ne mettons pas en parallèle la juridiction commerciale et la juridiction civile. A chacune sa mission diverse. Laissons à l'une ses préoccupations, ses usages, ses intérêts qui dominent l'intérêt privé du justiciable, et respectons dans l'autre sa neutralité, son indépendance qui lui permet de se dégager de tous les intérêts pour apprécier le droit du plaideur; et surtout reconnaissons les véritables caractères de la justice, à ces scrupules du juge qui refuse d'obéir aux entraînements de sa conscience pour obéir de préférence au législateur : car si la loi garantit le citoyen, c'est le magistrat qui doit garantir la loi (2).

(1) Préambule de l'ordonnance de 1673.

(2) *Lex enim cavet civibus, magistratus legibus.* Bacon, *Exemplum tract. de just. univ. Aphor.* 3.

Art. Tracer les règles de la compétence commerciale, ce serait s'astreindre à passer en revue l'ensemble de la législation qui définit les actes de commerce. Mais telle n'est pas la tâche que je me suis imposée. Je dois seulement expliquer comment fonctionne cette juridiction, et par quelles formes spéciales la procédure à suivre devant elle se sépare de la procédure commune.

414. Ce fut une grave question, lors de la rédaction du code de procédure, que de savoir si l'on établirait des avoués près des tribunaux de commerce. La commission chargée de rédiger le projet du code de commerce s'était déjà prononcée pour l'affirmative. La cour de cassation et les tribunaux de la plupart des villes commerçantes du royaume réclamèrent contre cette innovation; l'article 414 du code de procédure trancha la question, en décidant que la procédure devant les tribunaux de commerce se ferait sans le ministère d'avoués; et lorsque la discussion s'établit sur le code de commerce, la même disposition y fut reproduite par l'article 627.

Mais, en excluant le ministère des avoués, les rédacteurs du code de procédure se laissè-

rent d'abord entraîner vers un excès opposé. Art.
En autorisant les parties à se faire représenter, 414.
ils ajoutèrent *qu'elles ne pourraient jamais l'être par des défenseurs officieux*. La même prohibition se rencontrait dans le projet du code de commerce, lorsque ses rédacteurs se déterminèrent à supprimer le ministère des avoués : « Il est interdit aux tribunaux de commerce d'agréer, pour plaider devant eux, des hommes de loi ou des praticiens particulièrement désignés (1). »

Cette suspicion renouvelée des ordonnances, qui d'ailleurs n'étaient pas exécutées en ce point, se trouvait malheureusement justifiée par le scandale récent de ces saturnales judiciaires où l'on avait vu l'ignorante présomption se parer du titre de défense officieuse, et la parodie d'une profession vénérée profaner les plus respectables souvenirs.

Le conseil d'Etat retrancha la disposition prohibitive qui aurait eu pour effet d'enlever aux parties la faculté de confier à des avocats le soin de les défendre devant les tribunaux de commerce; on voulut en même temps conserver un usage qui s'était établi sous l'ancienne

(1) Locré, Esprit du code de proc., tom, 2, p. 105.

Art. 414. jurisprudence, c'est-à-dire l'institution des agréés qui remplissaient auprès des tribunaux de commerce la mission de représenter les parties et de les défendre.

« Les lois ne tolèrent point de procureurs dans les consulats; mais, pour la commodité des parties, l'intelligence des affaires et le bon ordre, elles permettent non-seulement qu'un client s'y fasse assister ou représenter par un ami, mais encore que les juges consuls fassent choix d'un certain nombre d'hommes intelligents, libres de toutes fonctions de postulants en titre ou office, auxquels on donne le nom ou la qualité d'*avoués* ou d'*agréés plaidants*, ou d'*agents reconnus* au consulat...... Ces *avoués* sont salariés par les parties qui les emploient; mais leur salaire ne doit point entrer dans la taxe des frais (1). » La dénomination d'avoués affectée aux officiers ministériels qui représentent les parties devant les tribunaux ordinaires, ne pouvait plus s'appliquer aux mandataires désignés à la confiance des parties par les tribunaux de commerce. La qualification d'*agréés* fut exclusivement maintenue. Elle ne désigne pas des officiers ministériels, mais de simples fondés de pouvoir; leur ministère n'est pas

(1) Nicodème, Exercice des commerçants, p. 45.

obligé, car les parties peuvent se défendre Art.
elles-mêmes, ou choisir d'autres mandataires. 414.
Leur mandat n'est pas légal, mais simplement conventionnel (1).

Ainsi, devant les tribunaux de commerce, les 421.
parties peuvent comparaître et se défendre en personne. C'est le vœu de la loi, comme celui des anciennes ordonnances.

Elles peuvent, en comparaissant, se faire assister par un avocat ou toute autre personne chargée de présenter leur défense.

Elles peuvent constituer un mandataire pour comparaître en leur nom. Le mandat peut même être conféré à un avoué, qui se présente devant le tribunal de commerce, non en sa qualité d'officier ministériel, mais comme un mandataire ordinaire. La loi exclut les seuls huissiers du droit de représenter les parties ou de les assister comme conseil (2).

Enfin elles peuvent se faire assister par un agréé ou se faire représenter par lui; dans ce dernier cas il doit, comme tout autre mandataire, être muni d'un pouvoir spécial (3).

(1) V. tom. 5, p. 267.

(2) Code de commerce, art. 627. (Loi du 3 mars 1840.)

(3) Ordon. du 22 mars 1825.

Art. 414. Ces règles sont les mêmes dans le cas particulier où le tribunal civil de première instance, à défaut de tribunal de commerce, est appelé à juger en matière commerciale. Alors il s'opère une transformation dans les fonctions du tribunal civil. Il se constitue en tribunal de commerce; l'instruction a lieu dans la même forme que devant les juges de commerce (1). Cette forme est celle que règle le titre 25 du code de procédure; de sorte que les parties doivent encore, dans ce cas, comparaître en personne ou par le ministère d'un mandataire qui, à la vérité, pourrait être un avoué, mais qui n'agirait alors que comme un mandataire ordinaire et en vertu d'un pouvoir spécial.

Mais lorsque les cours royales jugent les appels des tribunaux de commerce ou des tribunaux civils jugeant comme tribunaux de commerce, leur organisation intérieure ne subit aucune modification; le ministère des avoués est alors obligé. Une cour royale, à la différence des tribunaux civils, connaît des matières commerciales en vertu de ses attributions régulières et normales; ce n'est pas comme tribunal de commerce, mais comme cour souveraine qu'elle exerce sa juridiction.

(1) Code de commerce, art. 640 et 641.

L'article 414 ne peut donc leur être appliqué. Les appels en matière commerciale sont instruits et jugés dans les cours comme appels de jugements rendus en matière sommaire (1). — Ces solutions n'ont jamais fait difficulté dans la pratique. ART. 414.

Le pouvoir conféré au mandataire qui représente la partie devant un tribunal de commerce doit être spécial, c'est-à-dire donné pour une affaire déterminée. Il peut résulter d'un acte authentique ou sous seing privé. Il peut aussi être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation ; il est exhibé au greffier avant l'appel de la cause et par lui visé sans frais (2). 421.

Mais il n'en est pas de ce pouvoir comme de la constitution d'avoué, que l'huissier a mission de constater par l'exploit d'ajournement. Le caractère légal dont l'avoué est investi fait présumer le consentement de la partie au nom de laquelle l'ajournement est signifié. La déclaration qu'il occupera dans l'instance a moins pour objet de constituer ses pouvoirs que de faire connaître au défendeur le représentant

(1) Code de commerce, art. 648.

(2) Code de commerce, art. 627.

Art. 421. de son adversaire. S'agit-il au contraire du pouvoir pour comparaître devant le tribunal de commerce, il faut justifier d'un mandat exprès émané directement de la partie, et qui ne peut être suppléé par l'énonciation de l'huissier; car, d'un côté, cette énonciation n'est pas exigée pour la validité de l'exploit, et d'un autre côté, l'huissier n'a qualité pour constater des faits que lorsqu'ils tendent à établir des rapports entre la partie requérante et la partie à laquelle est signifié l'exploit. Or ici le mandat constaté par l'exploit n'établirait de rapports qu'entre le mandant et le mandataire.

En écartant des tribunaux de commerce le ministère de l'avoué, le législateur devait écarter en même temps toutes les formes de la procédure qui supposent l'intervention de ces officiers ministériels. A part les incidents qui peuvent se présenter, tout se réduit à l'ajournement, à la plaidoirie et au jugement. Cependant ne confondons pas la procédure commerciale avec celle des matières sommaires devant les tribunaux civils de première instance. Devant les tribunaux de commerce, une impulsion plus active encore est donnée au mou-

vement de l'instance. Elle se manifeste dès les premiers pas de la procédure. Une plus grande simplicité de formes est aussi la conséquence de l'organisation du tribunal et de l'exclusion du ministère des avoués. Art. 421.

La loi sacrifie tout à la célérité. Les tribunaux de commerce sont institués pour juger rapidement. Un édit de 1566 pour l'établissement des juridictions consulaires est motivé sur ce qu'il importe *de relever les marchands de la longueur de la justice* (1), et la tradition nous apprend que Charles IX résolut de généraliser leur institution, « sur ce qu'il fut sensiblement touché, étant un jour entré dans la lanterne de la grand'chambre du parlement, à Paris, d'entendre prononcer et mettre hors de cour et de procez sans dépens deux marchands qui avoient plaidé depuis plus de dix ou douze ans, aprez avoir essuyé tous les degrés de juridiction (2). »

Prenons l'instance à son origine; et les premières modifications que nous trouverons apportées aux règles ordinaires auront pour but cette célérité qui compte les jours et les heures.

(1) Édit portant établissement de juridictions consulaires pour Riom, Clermont et Thiers.

(2) Toubeau, Instit. du droit consulaire, p. 9.

Art. Point d'essai préalable de conciliation. L'a-
415. journement rédigé dans les formes ordinaires,
416. moins la nécessité de constituer un avoué, est
valablement signifié un jour franc avant la
comparution, sauf les délais des distances.

417. L'urgence est-elle extrême, le président du tribunal peut permettre en toutes matières d'assigner de jour à jour, d'heure à heure.

418. Quelquefois même le demandeur peut, sans autorisation du juge, fixer à son adversaire le nombre d'heures nécessaires pour comparaître. Ce droit est accordé lorsqu'il s'agit d'affaires *maritimes*, et que l'une des parties, soit le demandeur, soit le défendeur, *n'est pas domiciliée :* ce sont les affaires dans lesquelles, suivant l'expression de l'ordonnance de la marine, « *il y a des étrangers ou forains parties,* » ce qui s'entend, dit Valin, aussi bien des affaires qu'ils ont entre eux, que de celles qu'ils ont avec les habitants du lieu, soit en demandant, soit en défendant ; et la raison en est, ajoute-t-il, « que s'il importe à l'étranger ou forain que son départ ne soit pas retardé par les délais des procédures ordinaires, il importe de même à leurs créanciers d'obtenir promptement des condamnations contre eux, à l'effet de les contraindre au

payement (1). » Ces mots parties *non domiciliées* ne doivent donc pas s'entendre de ceux qui, ayant en France un domicile fixe, ne seraient pas domiciliés dans le lieu où il s'agit de plaider, mais seulement de ceux qui, demeurant en pays étranger, ou qui, n'ayant en France, à raison de leur profession, ni établissement fixe, ni résidence permanente, se trouvent accidentellement dans le lieu où s'exerce la juridiction du tribunal. ART. 418.

La condition relative au domicile n'est même plus exigée pour exercer, sans ordonnance du juge, le droit d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure, lorsqu'il s'agit d'agrès, victuailles, équipages, radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile (2), et autres matières *maritimes* (3) également urgentes et provisoires.

(1) Sur l'ordon. de 1681, liv. 1, tit. 11, art. 2.

(2) « Le mot *agrès* se dit des cordages, poulies, ou autres manœuvres d'un vaisseau. On entend par *victuailles*, les vivres, les provisions de bouche nécessaires à la consommation de ceux qui montent le vaisseau; par *équipages*, les approvisionnements nécessaires pour l'équiper, pour l'armer; les *radoubs* sont les travaux faits pour en réparer la carcasse et la charpente. » (Carré, Lois de la procédure, quest. 1499.)

(3) L'article 418 s'applique exclusivement aux matières maritimes; pour en être convaincu, il suffit de se

Art. 417. 418. Dans tous les cas où l'assignation est donnée de jour à jour ou d'heure à heure, en vertu soit de la permission du juge, soit de la disposition de la loi, il ne peut y avoir lieu à augmentation des délais à raison des distances. L'assignation sera toujours, en semblable cas, signifiée dans l'étendue de la juridiction du tribunal, soit parce que le défendeur y réside momentanément, soit parce qu'il s'y trouve accidentellement. Peu importe qu'il ait son domicile dans un lieu plus ou moins éloigné du tribunal; l'urgence exige le sacrifice des garanties ordinaires; car la faculté d'assigner à heure fixe ne serait-elle pas illusoire s'il fallait subir d'autres retards que le trait de temps nécessaire pour que la partie se transporte du lieu où elle est assignée au lieu où elle doit comparaître?

419. Cela résulterait au besoin d'une autre disposition par laquelle, dérogeant aux règles ordinaires sur la remise des exploits, le législateur, sans distinguer entre les personnes domiciliées ou non, déclare valables toutes assignations données *à bord* à la personne assignée; ce qui ne veut pas dire que les assignations seront

rappeler qu'il a été emprunté textuellement à l'ordonnance de la marine, liv. 1, tit. 11, art. 2.

valables lorsqu'elles auront été remises à bord Art.
du navire *en parlant à la personne assignée ;* 419.
car le texte ainsi entendu serait complétement inutile, puisqu'il ne serait que la reproduction d'un principe général; mais ce qui signifie, comme l'exprimait l'ordonnance de la marine, que la copie peut être valablement laissée entre les mains d'une personne trouvée à bord, alors même que le défendeur assigné, marin ou passager, se trouverait momentanément absent du navire; l'exploit serait valable *comme s'il était fait à domicile* (1). Cette règle exceptionnelle est encore motivée sur l'urgence; or ne vient-elle pas justifier le principe déjà posé que le délai pour comparaître en cas de fixation à jour et à heure déterminés ne reçoit pas d'augmentation eu égard à l'éloignement du domicile réel? car je demande où serait l'utilité de déroger au principe qui exige que tout exploit soit remis à personne ou domicile, si l'on veut avoir égard à la distance du domicile réel. Autant vaudrait signifier l'exploit au domicile de la partie, si l'assignation laissée à bord n'était pas le point de départ du délai fixé par le président ou déterminé par la partie elle-même.

(1) Ordonn. de 1681, liv. 1, tit. 11, art. 1.

Art. 418. Le texte de notre code, comme pour manifester davantage le degré de célérité qu'exigent les affaires maritimes, prend soin de dire qu'en ces matières *le défaut pourra être jugé sur-le-champ.* C'est un emprunt à l'ordonnance (1), et c'est en même temps une disposition parfaitement inutile, sous l'empire des nouveaux principes qui régissent les jugements par défaut. On sait qu'autrefois le défaut se constatait au greffe. Le profit ne pouvait être adjugé à l'audience qu'après l'expiration d'un certain délai à partir du jour où le demandeur avait levé le défaut. Devant les consuls ce délai n'était pas observé; et l'on tenait *que le défaut emportait profit* (2). Cette règle exceptionnelle fut étendue par l'ordonnance de 1681 aux causes maritimes soumises à la juridiction des amirautés. Mais dans le texte du code de procédure ce n'est qu'une vaine redondance, car déjà l'article 150 avait fait un principe général de ce qui n'était jadis qu'une exception. Je reviendrai plus tard sur ce point.

On disait autrefois que le tribunal des consuls était comme ce temple toujours ouvert que les Romains avaient dédié à l'Heure; que les

(1) Ordonn. de 1681, liv. 1, tit. 11, art. 2.

(2) Ordonn. de 1667, tit. 16, art. 5.

consuls pouvaient juger hors de l'audience, pendant le jour et pendant la nuit, aux jours fériés comme aux jours plaidoyables (1). Cependant les ordonnances qui réglaient la procédure commerciale n'avaient pas expressément dérogé au principe qui interdisait de vaquer pendant les jours fériés aux actes judiciaires. — Mais, bien que cette ancienne prohibition ait été reproduite par des lois nouvelles, je serais porté à croire que, lorsque la matière est urgente, le président peut délivrer ordonnance portant permission d'assigner soit à une audience extraordinaire, soit même à un jour férié légal. Autrement le droit d'assigner à jour et à heure fixes ne serait-il pas quelquefois illusoire? On trouve une raison d'analogie dans l'art. 808 de notre code, d'après lequel le président du tribunal civil peut permettre d'assigner en référé, à heure indiquée, *même les jours de fêtes*. Art. 417.

Cette rapidité impatiente des délais, à laquelle le législateur vient de faire de si larges concessions, n'est pas la seule garantie donnée aux intérêts commerciaux. Le demandeur

(1) V. Toubeau, Institutes du droit consulaire, liv. 1, tit. 1, p. 11.

Art. 417. craint-il que, dans l'intervalle qui doit s'écouler entre l'assignation et le jugement, l'adversaire ne mette le temps à profit pour détourner ses valeurs mobilières et rendre illusoire la condamnation qui le menace? la loi permet de les saisir par provision, en vertu d'une simple ordonnance délivrée par le président du tribunal de commerce. Ainsi celui qui se prétend créancier, sans être porteur d'un titre exécutoire, sans commandement préalable, mettra sous la main de justice, dans la forme ordinaire des saisies-exécutions, les effets mobiliers qui sont en la possession du défendeur. Cette rigueur exceptionnelle est seulement tempérée par la faculté laissée au président, suivant l'exigence des cas, d'assujettir le demandeur à donner caution ou à justifier de solvabilité suffisante (1). L'ordonnance du président est exécutoire nonobstant opposition ou appel.

On enseigne généralement, à propos de ce droit de saisie, que le président du tribunal de commerce peut, en vertu de l'article 417, autoriser le demandeur à pratiquer sans titre une

(1) J'expliquerai comment se fait cette justification à propos de l'exécution provisoire des jugements du tribunal de commerce.

saisie-arrêt entre les mains des débiteurs du défendeur, ou des détenteurs d'effets mobiliers appartenant au défendeur. Je ne crois pas devoir admettre cette interprétation. De ce que la saisie provisoire des meubles trouvés entre les mains du défendeur est une mesure en dehors du droit commun, on s'autorise à conclure qu'à plus forte raison le président du tribunal de commerce peut permettre la saisie-arrêt, mesure conservatoire ordinaire. Mais ne sait-on pas que la juridiction commerciale ne s'exerce que sur des matières exceptionnelles, et qu'il n'est pas permis de confondre les attributions distinctes qui sont la part de chacune des institutions judiciaires? Toute saisie-arrêt est le principe d'une instance en validité, sur laquelle le tribunal civil de première instance exerce une compétence exclusive, quelle que soit la nature de la créance du saisissant, commerciale ou civile. C'est donc au président du tribunal civil qu'il faut s'adresser pour obtenir la permission de saisir-arrêter entre les mains d'un tiers. On ne le conteste pas; seulement on voudrait établir une sorte de concurrence entre les deux pouvoirs. Le demandeur pourrait s'adresser au président du tribunal de commerce ou au président du tri-

ART. 417.

Art. 417. bunal civil, sauf à porter, dans tout les cas, l'instance en validité devant ce dernier tribunal (1). A part ce qu'il y aurait d'étrange dans cette manière de procéder, qui soumettrait à l'appréciation des tribunaux ordinaires la validité d'un acte émané d'une autre juridiction égale en hiérarchie, les termes de la loi ne sont-ils pas la réfutation de ce système ?

C'est seulement dans les cas d'urgence que le président peut permettre de saisir. Il s'agit donc ici d'une mesure exorbitante, et légitimée par le péril dans le retard. Mais la saisie-arrêt n'est pas subordonnée à cette condition ; il suffit que la créance soit exigible. Le demandeur qui obtient du tribunal de commerce la permission de saisir est soumis à fournir caution ou à justifier de solvabilité suffisante. Je le comprends lorsqu'il s'agit de sacrifier aux exigeantes inquiétudes de l'un le crédit et peut-être l'avenir de l'autre ; lorsqu'il s'agit d'exercer ce droit effrayant par ses conséquences, d'introduire dans le domicile du commerçant, sur la simple réclamation d'une partie, l'huissier et ses recors ; de saisir en

(1) V. Carré, Lois de la procédure, quest. 1495 et 1496 ; Pardessus, tom. 5, p. 31 ; Dalloz, Jurisp. génér. tom. 3, p. 337.

détail les marchandises qui s'y trouvent ; d'établir un gardien ; de tuer son commerce en arrêtant ses spéculations. Mais je ne le comprends plus lorsqu'il s'agit d'autoriser une saisie-arrêt ; parce qu'elle n'est que l'exercice d'un droit concédé à tout créancier ; qu'elle ne consiste que dans une simple défense au tiers saisi de se libérer avant que la justice ait prononcé ; et que si elle peut entraver momentanément l'essor des spéculations commerciales, du moins elle ne frappe pas le commerçant d'une manière directe, et ne présente ni les mêmes rigueurs matérielles, ni les mêmes conséquences morales. — Aussi la loi n'exige-t-elle du créancier qui fait pratiquer la saisie-arrêt, soit qu'il agisse en vertu d'un titre privé, soit qu'il procède en vertu de l'autorisation du juge, ni caution, ni preuve de solvabilité.

Art. 417.

C'est donc une saisie anomale, propre aux matières commerciales, justifiée par l'urgence, exigeant certaines garanties ; c'est le même droit que confère l'article 172 du code de commerce au porteur d'une lettre de change protestée faute de payement, *de saisir conservatoirement, en obtenant la permission du juge, les effets mobiliers* des tireur, accepteurs et endosseurs. Ce sont les mêmes expressions

Art. 417. que celles de l'article 417 du code de procédure; et certes on ne peut les appliquer ici au droit de saisie-arrêt, car le créancier ayant un titre, la lettre de change protestée, il n'aurait pas besoin de la permission du juge pour pratiquer une saisie-arrêt.

Ainsi le droit exceptionnel qui régit les rapports commerciaux donne aux intérêts du créancier une protection spéciale. C'est alors au juge commercial qu'il doit s'adresser; lui seul peut apprécier la solvabilité des parties, l'urgence du péril, la gravité des conséquences. Le demandeur veut-il recourir au droit commun, pourquoi s'adresserait-il au juge d'exception? Le juge civil, sans se préoccuper de l'urgence, ni de la solvabilité des parties, délivrera son ordonnance; ou si le créancier est porteur d'un titre même privé, il y puise le droit de saisir-arrêter, mesure conservatoire ouverte à tous les intérêts, et qui ne présenterait aucun avantage de plus pour être autorisée par le juge de commerce.

Dans l'ancienne jurisprudence, la faculté de délivrer des ordonnances sur requête à fin de saisie-arrêt rentrait bien dans les attributions des consuls; c'était la conséquence du droit qui leur appartenait de connaître de

l'exécution de leur sentence entre marchands et pour fait de commerce (1). Ils pouvaient juger la demande en validité de la saisie, sauf à renvoyer devant les tribunaux ordinaires en cas de contestation de la part du tiers saisi. Mais de nouveaux principes ont modifié sur ce point leur compétence (2); et cette modification consacrée par la loi nouvelle devait si bien avoir pour effet de leur enlever le droit d'autoriser une saisie-arrêt, que l'observation suivante, émanée de la section du tribunat, ne trouva pas de contradicteurs : « L'art. 559 dit : le juge pourra permettre la saisie-arrêt. Quel sera ce juge? *Sans doute ce ne peut être qu'un juge du tribunal de première instance* (3). »

ART. 417.

C'est donc au président du tribunal civil qu'appartient exclusivement le droit de permettre la saisie-arrêt; et l'article 417 ne donne au président du tribunal de commerce que

(1) V. un arrêt du parlement de Paris, du 19 septembre 1755, rendu en faveur des juges-consuls, contre les officiers du Châtelet de Paris ; et Jousse sur le titre 12 de l'ordonnance de 1673.

(2) Code de procédure, art. 442.

(3) Locré, Esprit du code de procédure, tom. 2, p. 454.

Art. 417. le droit d'autoriser la saisie conservatoire des effets mobiliers entre les mains du défendeur. Ce droit se concilie parfaitement avec le principe que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître des mesures qui se rattachent à l'exécution des jugements ou des actes, principe sur lequel je reviendrai plus tard. En effet, le tribunal n'aura pas à statuer sur la validité de la saisie conservatoire qui a précédé l'instance. En accueillant les prétentions du demandeur, il lui confère par son jugement le titre exécutoire qui lui manque, titre en vertu duquel les poursuites seront continuées et l'exécution complétée.

Ce droit de saisir sans titre les effets mobiliers d'un débiteur est un vestige de ces anciens priviléges attribués aux bourgeois de certaines villes, d'arrêter, *pour cause de dette non reconnue*, les effets du débiteur *forain* trouvés en la ville privilégiée (1).

(1) Ce privilége s'étendait, dans certaines villes, jusqu'à permettre aux bourgeois d'arrêter sans titre *la personne* du débiteur non domicilié : telles étaient les villes d'Amiens (art. 29 et 30 de la Coutume), de Calais (article 351), Reims (art. 407), Rennes, Saint-Malo, Montpellier, etc. — Dans le principe le créancier arrêtait, de sa propre autorité, les effets du débiteur forain; plus tard on exigea l'intervention de la justice.

On appelait *villes d'arrêt* celles auxquelles appartenait ce privilége, qui attribuait juridiction aux juges du lieu de la saisie. Il fut octroyé aux bourgeois de Paris, par une charte de Louis le Gros, de l'an 1134 (1). Un grand nombre de coutumes constatent pour certaines villes de leur ressort l'existence de ce privilége soumis, suivant la diversité des lieux, à des modifications diverses (2). C'était un de ces droits de bourgeoisie qui assuraient aux villes favorisées une certaine prééminence, et dont la conservation était confiée *aux officiers du roi*, parce qu'il s'agissait d'un privilége octroyé par lui. L'article 174 de la Coutume de Paris disait formellement : « De tel arrêt fait en la ville et fauxbourgs connoît le prévôt de Paris et non autres (3). » Il y avait au Châtelet de

ART. 417.

(1) Cette charte est rapportée par de Laurière, sur l'article 173 de la Coutume de Paris, et dans ses Notes sur le Glossaire de Ragueau, vº *arrest*.

(2) V. le Répertoire de jurisprudence, vº *ville d'arrêt*.

(3) On voit par le procès-verbal de la Coutume de 1580, que le prévôt des marchands et les échevins de Paris formèrent opposition à la rédaction de l'article, se fondant sur la justice qu'ils avaient sur la rivière. Différents seigneurs, ayant justice dans Paris, s'y opposèrent également. — Le bailli du palais contesta de son côté la compétence de la chambre foraine, mais ses prétentions

Art. 417. Paris une *chambre foraine,* devant laquelle étaient portées ces sortes de contestations entre les bourgeois de Paris et les forains. Les consuls y virent un empiétement sur leur juridiction, et assignèrent les juges du Châtelet devant le parlement de Paris, pour faire reconnaître qu'à eux seuls, et non à la chambre foraine, il appartenait de connaître des causes commerciales entre domiciliés et forains, et d'accorder permission de saisir dans les affaires de leur compétence. Le parlement, par arrêt du 19 septembre 1755, maintint les juges-consuls de Paris « dans le droit et possession d'accorder sur requête permission de saisir, mais seulement *entre les mains des marchands justiciables de leur juridiction.* » Les consuls furent mis hors de cour sur le surplus de leurs conclusions, et la compétence du Châtelet fut maintenue en ce qui concernait les forains même commerçants. Le privilége des commerçants se trouvait ainsi confié à la garde des consuls; le privilége des bourgeois, au prévôt de Paris et aux juges du Châtelet. Telle est l'origine de la saisie conservatoire autorisée en matière com-

furent rejetées par l'art. 3 de l'édit du mois de décembre 1712. — V. aussi l'art. 13 de l'édit du mois de janvier 1685 et celui du mois de janvier 1716.

merciale par l'article 417, même vis-à-vis *des* Art.
domiciliés ; et de la saisie *sur débiteur forain*, 417.
dont l'article 822 attribue la connaissance aux juges civils, même pour cause commerciale.

On a vu jusqu'à présent les précautions 420.
prises par la loi, afin que des retards trop prolongés ne puissent ravir à la condamnation prononcée une partie de son utilité. Mais, en matière commerciale, la demande a d'autres prérogatives; nous les rencontrerons encore au début de l'instance. Elles consistent dans la faculté accordée au demandeur d'assigner à son choix devant trois tribunaux également compétents :

Devant le tribunal du domicile du défendeur; c'est la règle générale en matière personnelle et mobilière : *Actor sequitur forum rei;*

Devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ;

Devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

Sans doute cette option ne pourra pas toujours être exercée, car elle exige la réunion de certaines circonstances de fait; mais on voit

Art. 420. dominer cette pensée d'assurer, par des facilités plus grandes, l'exécution des conventions commerciales. L'action portée devant les tribunaux de commerce ne peut jamais être qu'une action mobilière, et, à ce titre, le domicile du défendeur devrait seul déterminer la compétence. Le législateur a cependant abandonné ce qu'il y a d'exclusif et d'absolu dans ce principe. Il semble que partout où le commerçant étend le réseau de ses spéculations, il prenne possession du lieu où ses relations s'établissent, et qu'ayant le monde pour patrie, le commerçant se crée un domicile de circonstance dans tous les lieux où ses actes ont laissé des traces de son passage.

Telle était en effet l'idée qui se rattachait dans l'origine à la profession du commerçant. Existence aventureuse et vagabonde, poursuite incessante et périlleuse de la fortune toujours inconstante et fugitive :

Impiger extremos curris, mercator, ad Indos,
Per mare, pauperiem fugiens, per saxa, per ignes (1).

Grâce à la facilité des correspondances et à l'activité des agents intermédiaires du commerce, ces vers ne sont plus qu'une poétique

(1) Horace, épître 1.

hyperbole. Aujourd'hui le commerce est une profession généralement sédentaire. ART. 420.

Quoi qu'il en soit, on sait que, dans le XIVe siècle, des foires considérables furent établies en France *pour le bien et le profit commun de toutes les provinces, tant du royaume qu'étrangères* (1). Les priviléges et franchises accordés aux marchands qui fréquentaient ces foires y attirèrent le commerce de tous les peuples *chrétiens et mécréants* (2); tandis que les entraves et les exactions auxquelles étaient soumis les marchands étrangers qui trafiquaient en France, durent être un obstacle au développement du commerce sédentaire. Les étrangers et forains ne pouvaient vendre en gros et en détail que durant le temps des foires, si ce n'est *sous balle et corde, et en personne*, « estant le reste du temps ordonné pour les marchans

(1) Lettres patentes du 6 août 1349.

(2) Ces priviléges consistaient dans l'exemption du droit d'*aubaine*, de tous droits et impôts sur les marchandises, dans le droit de tester et disposer comme les regnicoles, dans l'exemption des droits de *présailles* et *représailles*, dans l'autorisation à toutes personnes, de quelque nation qu'elles fussent, d'exercer le change pendant le temps des foires. — V. lettres patentes de février 1419, février 1443, mars 1462, novembre 1467, novembre 1550, etc.

ART. 420. habitans des villes, pour leur donner moyen d'augmenter et accroître leurs biens et facultez et entretenir eux et leurs familles et subvenir aux louages des maisons et charges ordinaires desdites villes esquelles ils sont tenus et qui leur convient supporter..... Et pour éviter aux abus qui se pourroient commettre, lesdits marchans habitans desdites villes ne pourront tenir boutique ne vendre marchandises, hors le temps des foires qu'ès villes desquelles ils seront habitans et esquelles ils font leur continuelle résidence, et sans qu'ils puissent tenir boutiques ès autres villes, avoir aucune compagnie, participation ou association de marchandises avec aucun desdits marchans forains, sous peine de déchoir de tout droict de bourgeoisie, et d'être à jamais réputez forains, et de cinq cents escus d'amende à l'encontre de chacun des compagnons ou associez (1). » Par un édit du mois de septembre 1587, Henri III ordonna que tous les marchands, banquiers et courtiers étrangers, résidants dans le royaume, seraient obligés de prendre des lettres qui leur

(1) Édit de mars 1586.—V. aussi lettres du roi, d'août 1448, relatives aux merciers, et d'août 1476, relatives aux habitants de Saintes. — Quant à l'achat, il était permis à tous, car loin de nuire au privilégié il lui profitait.

tiendraient lieu de naturalité, en payant les sommes auxquelles ils seraient taxés ; et que seraient soumis à cette taxe ceux-là même qui auraient obtenu déjà des lettres de naturalité. Au moyen de quoi les uns et les autres jouiraient des mêmes priviléges que les regnicoles (1). Art. 420.

Quelques populations privilégiées étaient cependant en possession de vendre et colporter librement dans toutes les villes du royaume certaines marchandises déterminées. — Tels étaient les Lombards, auxquels cette concession avait été faite, *en considération de ce qu'ils ont été les premiers qui soient venus ramoner les cheminées en France* (2).

Aussi faut-il remarquer que la dérogation au principe que le défendeur doit être assigné au lieu de son domicile, fut d'abord introduite *pour les cas et contracts advenus ès foires* (3).

(1) Les étrangers exerçant la banque étaient tenus en outre de bailler caution de cinquante mille écus. Ordonnance de janvier 1563, art. 58. Cette caution fut restreinte à quinze mille écus, par l'ordonnance de 1579, art. 357. — Du reste cette industrie était libre même dans les villes privilégiées.

(2) Lettres patentes du 18 janvier 1635 ; ce privilége fut confirmé par de nouvelles lettres patentes sous les règnes de Louis XIV et de Louis XV.

(3) Lettres patentes du 6 août 1349.

Art. 420. Cette exception, basée sans doute sur le concours des étrangers à ces vastes réunions du commerce, fit en même temps admettre, comme une conséquence nécessaire, que les étrangers seraient justiciables des juges français pour les marchés faits entre eux ou avec des nationaux dans les foires françaises.

Plus tard la règle fut étendue. Elle ne s'appliqua pas seulement aux marchés faits en temps de foire, et il fut ordonné, par la déclaration du 28 avril 1565, que l'on procéderait par-devant les juges et consuls des lieux « pour la marchandise qui y aurait été vendue ou achetée ou promise livrer, et payement pour icelle destiné à faire. »

Enfin l'ordonnance de 1673, sur le commerce, ne fit de l'attribution exclusive accordée aux juges du lieu du contrat qu'une alternative pour le demandeur, et elle exigea de plus, pour que l'option pût être exercée, que la marchandise eût été livrée au même lieu où la promesse aurait été faite : « Dans les matières attribuées aux juges et consuls, le créancier pourra faire donner assignation *à son choix*, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel *la promesse a été faite et la marchandise fournie*, ou au lieu auquel le payement doit

être fait (1). » Cette disposition a été textuellement reproduite dans le code de procédure. ART. 420.

Pour interpréter sainement l'article 420, il convient, par conséquent, de remonter à sa filiation.

On devra d'abord l'appliquer sans distinction de la nationalité. La règle, qui dans l'origine avait été introduite pour étendre l'empire de la juridiction française aux contrats faits en foire par les personnes de toutes les provinces tant du royaume qu'étrangères, a reçu plus tard une extension nouvelle. Les législateurs de 1565 et de 1673 l'ont appliquée à tous les contrats entre commerçants, mais sans modifier l'application primitive en ce qui concernait les personnes. Ainsi non-seulement le Français peut invoquer cette disposition pour agir contre l'étranger, mais l'étranger peut s'en prévaloir lui-même contre le Français : « S'ils n'avaient pas ce choix, a dit un ancien auteur, souvent ils ne seraient pas à portée de se faire rendre facilement justice et se faire payer, et le commerce en souffrirait (2). » Il y

(1) Ordonnance de 1673, tit. 12, art. 17.

(2) Boullenois, Traité des statuts réels et personnels, t. 1, p. 608.

Art. 420. a plus, l'étranger agissant contre un commerçant étranger, non domicilié en France, peut invoquer la protection des tribunaux français, pour tout acte de commerce résultant d'une promesse faite dans un lieu quelconque de la France, lorsqu'il y a eu livraison dans le même lieu, ou indication, pour le payement, d'un lieu situé sur le territoire français (1).

Examinons séparément chacune des conditions sous lesquelles il est permis au demandeur d'exercer l'option concédée par l'article 420.

1° Lorsqu'il assigne devant le tribunal du domicile du défendeur, il se place dans le droit commun, dont les règles doivent alors être
59. observées. — Le domicile du défendeur est-il inconnu, on assignera devant le tribunal de sa résidence. — Plusieurs défendeurs sont-ils compris dans une instance unique, le demandeur les assignera tous devant le tribunal du domicile de l'un d'eux. — Les défendeurs sont-ils, comme associés, soumis aux conséquences d'une obligation sociale, ils seront assignés devant le juge du lieu où la société est établie. — Enfin l'élection de domicile pour l'exécution

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 novembre 1828; Dalloz, 29, 1, 56.

d'un acte soumettra le défendeur à la juridiction des juges du domicile élu, sauf au demandeur à assigner, s'il le préfère, devant le tribunal du domicile réel. ART. 420.

Le demandeur étranger pourrait même assigner un étranger au lieu de sa résidence en France, lorsqu'il y a établi le siége de ses affaires commerciales, quoiqu'il n'ait pas été admis par l'autorisation du roi à établir en France son domicile. En fondant un établissement de commerce, l'étranger, comme l'a dit la cour de cassation, est censé avoir élu son domicile en France pour les engagements relatifs à son commerce, puisque c'est là qu'ils doivent être consommés (1).

Le Français agissant contre un étranger jouit, en outre, d'un privilége particulier qui n'est pas limité aux seules matières commerciales, et qui régit l'exécution de toutes les obligations contractées entre Français et étrangers. Ce privilége résulte de l'article 14 du code civil. On y voit que l'étranger même non résidant en France peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées avec un Français, soit en France, soit en pays étranger.

(1) Arrêt du 26 avril 1832; Dalloz, 32, 1, 184.

Art. 420. 2° Le demandeur peut assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée.

Par exemple, un commerçant de Bordeaux a traité pour l'achat de certaines marchandises. La convention a été faite à Poitiers; c'est à Poitiers que les marchandises ont été livrées. Le vendeur aura le droit d'assigner en payement du prix devant le tribunal de commerce de Poitiers, quoique le défendeur ait son domicile à Bordeaux. Ce droit ne lui appartiendrait plus, si, la convention ayant été faite à Poitiers, les marchandises avaient été livrées à Bordeaux. C'est le concours de la promesse et de lá livraison dans un même lieu qui détermine la compétence. — L'acheteur aurait de son côté la même faculté, et pourrait assigner le vendeur commerçant devant le tribunal du lieu de la promesse et de la livraison, pour toutes les difficultés relatives à la livraison opérée.

Mais il faut s'attacher avec soin aux expressions de la loi. Elle ne se contente pas, pour déterminer la compétence, d'une promesse qui ne serait pas suivie d'une exécution effectuée. — Il ne suffirait donc pas que la convention intervenue entre les parties indiquât pour la

livraison le lieu même du contrat. Il faut, aux termes de la loi, que la marchandise *ait été livrée.* Le sens de cette disposition n'est pas douteux, lorsqu'on la rapproche des dispositions qui l'ont précédée. D'après la déclaration de 1565, la compétence en matière commerciale était déterminée par le lieu du contrat, c'est-à-dire le lieu où la marchandise *avait été vendue, ou achetée, ou promise livrer;* tandis que l'ordonnance de 1673 attribua la compétence aux juges du lieu *où la promesse a été faite et la marchandise fournie.* La simple promesse de livrer en un lieu indiqué ne suffisait donc plus, et la compétence était déterminée par la *promesse* et l'*exécution* intervenues au même lieu (1). La démonstration de cette vérité résulterait encore de la dernière partie du texte de l'ordonnance reproduite par l'article 420; on y lit en effet que la compétence est aussi attribuée au tribunal du lieu dans lequel *le payement devait être fait;* expression non équivoque que le législateur n'eût pas manqué d'employer en

ART. 420.

(1) Cependant l'édit de création d'une juridiction consulaire pour la ville de Lille, du mois de février 1715, reproduit, en son article 17, les termes de la déclaration de 1565.

Art. 420. parlant de la livraison, s'il s'était contenté de l'indication du lieu dans lequel elle devait être effectuée.—Il est facile de se rendre compte des motifs de la loi dans l'hypothèse que j'examine. Le juge du lieu de la promesse et de la livraison n'a-t-il pas sous la main les deux éléments qui serviront de base à sa décision : la preuve du contrat, la preuve de l'exécution? Il pourra facilement comparer les termes de la promesse dont les témoins sont sur les lieux, et la qualité de la marchandise fournie, qu'il peut faire vérifier sur les lieux (1). L'un des éléments de comparaison lui manquerait si la marchandise n'était pas en réalité livrée, quoiqu'elle dût être livrée au lieu où la promesse a été faite. Avec le motif qui la justifie disparaîtrait sa compétence exceptionnelle.

Du reste, le refus de l'acheteur d'accepter la livraison ne modifierait en rien l'attribution de la compétence. Le vendeur a exécuté, soit qu'il ait mis l'acheteur en demeure de retirer la

(1) Il pourra bien arriver, sans doute, que depuis la livraison l'acheteur ait transporté ailleurs la marchandise, mais il suffit que la compétence des juges du lieu de la promesse et de la livraison ait pu s'exercer à l'époque de la délivrance, pour qu'elle ne puisse leur être enlevée par un fait ultérieur.

marchandise, soit qu'il la lui ait offerte : seulement des contestations peuvent s'élever sur le mode de l'exécution; ces contestations ont pour objet non plus un fait à accomplir, mais un fait à apprécier. Il en serait ainsi, alors même que le refus d'acceptation aurait pour cause un débat sur l'existence du contrat. Le demandeur assignera valablement devant le tribunal du lieu où il prétend que la promesse a été faite, et la marchandise livrée ou offerte en exécution de la promesse, sauf à justifier la réalité de la convention et de l'exécution qui l'a suivie. Il n'est pas rare que pour reconnaître sa compétence un tribunal se trouve dans l'obligation d'apprécier les conventions alléguées, de sorte que sa conviction se forme, comme d'un seul jet, sur la compétence et sur le fond (1).

ART. 420.

On comprend d'ailleurs que c'est la livraison opérée dans le lieu déterminé par la convention ou par la loi, qui peut attribuer la compétence; de sorte que si l'acheteur qui a refusé de prendre livraison soutenait et démontrait qu'elle devait être effectuée dans un autre lieu que celui de la promesse, le tribunal devrait se déclarer incompétent,

1) V. un arrêt d la cour de cassation du 21 mars 1826; Dalloz, 26, 1, 193.

Art. 420. quoique la promesse eût été faite et la livraison offerte dans le ressort de sa juridiction.

Il est quelquefois difficile de déterminer en quel lieu la promesse est réputée avoir été faite, en quel lieu la livraison effectuée.

Ainsi le contrat s'est formé par correspondance : en quel lieu la promesse sera-t-elle réputée avoir été faite?

La promesse s'entend ici dans un sens restreint; elle s'entend de l'obligation de celui qui s'engage à livrer. Cette promesse peut être provoquée par une demande; elle peut aussi résulter de l'initiative du commerçant qui, en offrant ses marchandises, provoque une acceptation.

Un marchand de Poitiers écrit à un marchand de Paris pour lui demander un envoi de marchandises moyennant un prix déterminé par la lettre de demande. Le marchand de Paris accepte les conditions indiquées, et promet la livraison. Quel est le lieu de la promesse? C'est le lieu où le vendeur a contracté son obligation; c'est Paris. On peut soutenir, il est vrai, que l'auteur de la proposition aurait le droit de la rétracter tant qu'il n'a pas reçu la lettre

qui lui annonce l'acceptation de ses offres, et que le contrat n'est parfait entre les parties que du moment où le consentement du marchand de Paris est parvenu à la connaissance du marchand de Poitiers, puisqu'il faut que, jusque-là, persévère la volonté de celui-ci (1). ART. 420.

Mais alors même que l'on admettrait la vérité de ces principes, je croirais qu'il faut s'attacher uniquement, dans ce cas, au lieu où l'offre d'acheter est adressée. C'est là que la promesse de livrer s'est rencontrée avec la proposition qui l'a provoquée, là qu'elle est devenue obligatoire. Il ne faut pas confondre l'existence du contrat manifestée par le concours des deux volontés, et les conditions exigées pour son irrévocabilité. Si, au moment où il reçoit la lettre qui lui fait connaître l'acceptation des offres, l'acheteur a persévéré, la

(1) Cette opinion est celle que soutiennent MM. Merlin, Répert., v° *vente*, § 1, art. 3; Toullier, tom. 6, n° 29; Troplong, de la Vente, t. 1, n° 22.— Pour l'opinion contraire, qui n'admet pas que la connaissance de l'acceptation soit nécessaire pour empêcher la révocation des offres, on peut citer Pothier, de la Vente, n° 32; Duranton, tom. 16, n° 45; Duvergier, tom. 1, n° 61. Cette dernière opinion est, sans aucun doute, celle qui présenterait le plus de chances de succès devant la juridiction commerciale.

Art. 420. vente remontera, quant à sa date, au jour où la lettre d'acceptation a été écrite; c'est à ce moment que doit être appréciée la capacité de celui qui s'oblige à livrer : *Epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere ;* c'est donc le lieu de la rédaction du titre obligatoire, et non celui de sa réception, qu'il faut considérer comme étant le lieu de la promesse.

Si maintenant on suppose que la proposition émane du commerçant qui offre ses marchandises pour un prix déterminé, faudra-t-il considérer comme lieu de la promesse le lieu d'où la lettre d'offre est partie, ou bien le lieu où cette lettre a été adressée et la proposition acceptée? Je résoudrai la question comme dans l'hypothèse qui précède. On peut objecter, il est vrai, que le lieu de la promesse se trouve ici déterminé par l'offre émanée du vendeur qui s'oblige à livrer, et que le lieu où la lettre a été reçue est indifférent, puisque la promesse était préexistante à la réception du titre; mais il est facile de répondre que la loi, en parlant du lieu de la promesse, s'est référée au lieu où la promesse est devenue obligatoire. Or, l'obligation n'existe que par le concours des volontés. C'est du jour où son offre est acceptée que l'exécution de sa promesse peut être exigée

du vendeur; jusque-là, il n'y a qu'une simple proposition, mais non pas une promesse obligatoire. Si l'on veut que l'acceptation n'imprime à la promesse le sceau de l'irrévocabilité que lorsqu'elle sera connue de l'auteur de la proposition, au moins elle déterminera rétroactivement la date et le lieu de l'obligation, dès qu'elle sera parvenue à la connaissance du vendeur. ART. 420.

On peut donc pour l'une et l'autre hypothèse poser une règle commune : le lieu de la promesse sera toujours le lieu où la proposition, quelle que soit la partie dont elle émane, est allée provoquer le consentement de l'autre partie. C'est là que l'auteur des offres est censé présent, là qu'il transporte sa volonté, pour la mettre en contact avec l'autre volonté dont la manifestation donne naissance à de mutuelles obligations (1).

De nos jours, un autre moyen de faciliter les conventions commerciales a pris une grande

(1) Arrêt de Bordeaux du 15 décembre 1835; Dalloz, 36, 2, 111. — Cet arrêt a jugé avec raison que c'est le lieu où se trouve le commerçant au moment de son acceptation, et non le lieu de son domicile, qui doit être considéré comme lieu de la promesse. V. aussi Jousse sur l'article 17, tit. 12, de l'ordonn. de 1673.

Art. extension; et l'on est revenu, par l'excès du
420. perfectionnement, à ces modes primitifs qu'une société peu avancée emploie comme unique procédé de correspondance. Aujourd'hui le fabricant, le marchand en gros, envoient, comme on faisait au moyen-âge, leurs messagers sur toutes les routes; non que d'autres moyens de correspondance leur manquent, mais parce que la parole est plus persuasive que les écrits. Le commis-voyageur, ce représentant de l'activité nouvelle, transporte sur tous les lieux, à toutes les distances, non l'expression décolorée d'une offre écrite qui attend une acceptation, mais l'expression entraînante d'une voix qui la sollicite.—On s'est encore demandé quel était, dans les marchés conclus par les commis-voyageurs, le lieu de la promesse.

Si le commis a mandat pour obliger le commerçant qu'il représente, nulle difficulté sérieuse. On appliquera les principes plus haut développés, et le lieu de la promesse sera celui où la conclusion du marché a été provoquée et définitivement arrêtée, c'est-à-dire le lieu où le voyageur a traité.

Mais une solution contraire a été proposée par quelques auteurs, dans l'hypothèse où le voyageur est un simple solliciteur de commis-

sions, qui ne traite que sous la réserve de l'ap- Art.
probation de la maison qu'il représente. La 420.
promesse alors n'interviendrait qu'au lieu où le commettant ratifie les commissions recueillies par son voyageur (1). Cette distinction me paraît sans fondement. Tout restreints que soient les pouvoirs du préposé, il n'en est pas moins le représentant du commerçant dans l'intérêt duquel il demande une commission. Ce n'est pas un courtier agissant comme entremetteur entre deux parties; il est l'agent de l'une d'elles, et débat seulement pour elle et dans son intérêt les conditions du marché. La ratification du commettant donne à la convention, dont les bases étaient déjà déterminées, mais dont l'effet était soumis à une condition potestative de sa part, la force obligatoire que sans doute elle n'avait pas; mais au moins le commis avait-il pouvoir de traiter provisoirement, et de recevoir, pour les transmettre à son commettant, les propositions de l'autre partie. Ce serait une fiction bien étrange que

(1) V. M. Pardessus, tom. 5, nº 1354; Dalloz, Jurisp. génér., tom. 3, nº 379. Plusieurs arrêts ont admis la même distinction. On peut citer, parmi les plus récents, ceux de la cour de Montpellier, 24 décembre 1841; de Bordeaux, 24 avril 1842; Dalloz, 42, 2, 150.

Art. 420. de considérer comme ayant contracté hors de son domicile celui dont on est venu chercher le consentement, et qui peut-être n'aurait pas traité, si sa volonté n'eût été influencée par la présence d'un solliciteur chargé des intérêts de l'autre partie (1).

Les difficultés ne sont pas moins grandes lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu où la livraison de la marchandise est réputée avoir été faite.

Lorsque la convention est muette sur ce point, il ne faut pas toujours considérer comme lieu de la livraison le domicile ou les magasins de l'acheteur, ni la livraison comme opérée à l'instant seulement où les marchandises y sont arrivées.

La tradition réelle s'effectue par la remise de la chose vendue, entre les mains de l'acheteur ou de son représentant. Dans le silence de la convention sur le lieu de la délivrance, c'est au lieu où se trouvait le corps certain et déterminé, à l'époque de l'obligation contractée, que

(1) V. en ce sens un arrêt de la cour de Poitiers, du 25 février 1823; Dalloz, Jurisp. génér., tom. 5, p. 588. — Je ne crois pas que la cour de cassation ait eu à se prononcer sur la question.

doit s'effectuer la délivrance (1). S'agit-il de Art.
ces choses indéterminées *quæ numero*, *men-* 420.
surâ, *pondereve constant*, c'est au domicile du vendeur que la livraison doit se faire. En d'autres termes, si la convention n'impose pas l'obligation de livrer en un lieu indiqué, c'est à l'acheteur à *retirer* la chose, plutôt qu'au vendeur à la *remettre*. L'acheteur alors a dans la délivrance un rôle actif; ce rôle n'appartient au vendeur que lorsque la convention le lui impose.

Il suit de là que si l'acheteur a retiré la chose, la délivrance est opérée, et le transport de cette chose à son domicile ou dans ses magasins n'est plus un acte de la délivrance, c'est la possession qui s'exerce. La délivrance est consommée à l'instant même du retirement, et par conséquent dans le lieu où se trouvait la chose à cette époque.

Mais il ne faut pas confondre l'époque de la translation de propriété et celle de la délivrance. L'article 100 du code de commerce décide que « la marchandise sortie des magasins du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui *à qui elle appartient*, sauf son recours contre le

(1) Code civil, art. 1247 et 1609.

Art. 420. commissionnaire et le voiturier chargé du transport. » Il ne faut pas entendre cette disposition en ce sens que le risque soit pour l'acheteur une conséquence de la délivrance opérée. Ce raisonnement serait souvent inexact. La marchandise est aux risques de l'acheteur dès qu'il est devenu propriétaire, alors même que la délivrance ne serait pas consommée. La règle du code de commerce n'est que la consécration du principe introduit par l'article 1138 du code civil, qui porte que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques *dès l'instant où elle a dû être livrée*, encore qu'elle ne soit pas effectivement livrée. — Supposez par exemple que la vente ait pour objet un cheval qui se trouve dans les écuries du vendeur. Les parties sont d'accord sur le prix, et l'acheteur stipule que le cheval lui sera livré à son domicile. Un accident survient dans le trajet : la perte est à la charge de l'acheteur ; car il est devenu propriétaire avant la délivrance par l'effet de l'obligation contractée. Il eût fallu pour faire supporter la perte au vendeur une stipulation expresse qui lui imposât la condition de faire parvenir à ses risques et périls la chose vendue à sa destination.—Il peut arriver aussi que la chose périsse

pour le vendeur sans stipulation expresse à cet égard, ce qui a lieu lorsque la propriété n'est transférée à l'acheteur qu'au moment de la délivrance. Si, par exemple, la vente a pour objet du vin, de l'huile, ou d'autres denrées que l'on est dans l'usage de goûter, la perte arrivée pendant le transport, avant que la marchandise n'ait été agréée, serait à la charge du vendeur; car, la vente étant soumise à une condition suspensive, la propriété n'est pas transférée tant que la condition n'est pas accomplie, c'est-à-dire tant que l'acheteur n'a pas goûté et agréé la chose vendue (1). — Dans la notice d'un arrêt de la cour de Limoges, du 19 janvier 1828, l'arrêtiste pose en ces termes la question résolue : Lorsqu'un négociant a, sur la demande d'un négociant d'une autre ville, expédié des marchandises à celui-ci, après que toutes les conditions de la vente ont été réglées par la correspondance des parties, c'est au domicile du vendeur où ces conditions ont été réglées et d'où les marchandises ont été expédiées, que sont censées avoir été faites la promesse et la LIVRAISON, *encore bien que les*

ART. 420.

(1) Code civil, art. 1587. Il en est de même lorsque la vente du corps certain et déterminé a été faite à l'essai, art. 1588.

ART. 420. *marchandises dont il s'agit soient de nature à être pesées et vérifiées à leur réception.* — Si la cour de Limoges eût ainsi jugé, elle serait tombée dans une grave erreur, tandis qu'il faut reconnaître, à la lecture de l'arrêt, qu'elle a parfaitement appliqué les principes du droit en distinguant l'époque de la perfection du contrat et celle de la délivrance : « Attendu, a-t-elle dit, que, d'après l'article 1583, la vente est parfaite et la chose acquise à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, *quoique la chose n'ait pas été livrée ;* que l'art. 1585 ne déroge au précédent qu'en ce sens que la chose vendue est encore aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elle soit pesée, comptée ou mesurée; mais que *la vente* n'en est pas moins parfaite, puisque l'acheteur *peut demander la délivrance* ou des dommages-intérêts (1). » La

(1) Arrêt de Limoges du 19 janvier 1828; Dalloz, 29, 2, 121.—La vente au poids ou à la mesure n'est pas censée faite sous une condition suspensive; elle est définitive sous le rapport du lien; mais la propriété n'est pas transférée tant que les marchandises n'ont pas été comptées et mesurées. On ne peut donc, à plus forte raison, considérer la délivrance comme effectuée avant cette époque. V. le Commentaire de M. Troplong, sur l'article 1585. — V. aussi un arrêt de la cour de Nancy, du 4 janvier 1827; Dalloz, 27, 2, 44.

cour s'est ensuite déterminée pour statuer sur la question de compétence, non par la circonstance que la promesse et la livraison auraient été faites au même lieu, mais d'après le lieu du payement. A ce point de vue, je reviendrai plus tard sur l'appréciation de son arrêt. ART. 420.

Ce qui précède suffit pour démontrer que l'article 100 du code de commerce, invoqué par quelques auteurs à propos des questions relatives à la délivrance (1), est complétement étranger à leur solution ; il n'a trait qu'aux effets de la transmission de propriété. La volonté suffit ordinairement pour transférer la propriété ; c'est un fait matériel qui constitue la délivrance. — Seulement il convient de signaler un point assez important qui résulte de la discussion de cet article. C'est que l'acheteur qui n'a pas stipulé que la livraison serait faite à son domicile, et qui se fait expédier les marchandises, est censé recevoir la délivrance par les mains du commissionnaire auquel le vendeur les a remises, bien que le commissionnaire soit choisi par le vendeur lui-même. L'acheteur suit alors la foi du vendeur et s'en rapporte aux soins que celui-ci prendra, lorsqu'il

(1) Notamment par M. Pardessus, tom. 5, n° 1355.

Art. 420. néglige lui-même d'indiquer le commissionnaire (1).

A l'aide de ces principes, il sera facile de reconnaître les circonstances dans lesquelles le concours de la promesse et de la livraison dans un même arrondissement attribue juridiction au tribunal de commerce.

J'ai raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse d'une vente de marchandises. Faut-il étendre à des conventions d'une autre nature cette attribution exceptionnelle de compétence déterminée par le lieu de la promesse et de la livraison ?

La cour de cassation posait en principe, dans un arrêt du 7 juillet 1814, « que les termes de l'art. 420 sont généraux, absolus et indéfinis ; qu'ils ne comportent aucune exception, et qu'ainsi ils s'appliquent au cas de l'exécution d'un contrat de louage, comme au cas de l'exécution d'un contrat de vente (2). » Récemment encore elle proclamait le même principe dans un arrêt du 26 février 1839; mais il est à remarquer qu'elle s'est toujours bornée à en faire l'application dans le cas prévu par le troisième paragraphe de l'article 420, c'est-

(1) Locré, Législ. de la France, tom. 17, p. 258.

(2) Dalloz, Jurisp. génér., tom. 3, p. 401.

à-dire pour déterminer la compétence d'après le lieu où devait s'effectuer le payement. — Nous devons au contraire rechercher ici comment il peut se concilier avec les deux conditions de la promesse et de la livraison intervenues au même lieu.

Art. 420.

La difficulté s'est notamment présentée relativement au contrat de commission (1).

Le commissionnaire est ordinairement partie dans un double contrat dont l'un n'est que le mode d'exécution de l'autre. Dans l'un qui constitue la commission, il s'oblige envers son commettant à faire pour le compte de celui-ci une opération commerciale déterminée. Dans l'autre, il conclut avec un tiers, soit sous son propre nom, soit sous sa raison sociale (2),

(1) Le contrat de commission prit surtout une grande importance en France, par suite de la prohibition imposée aux marchands forains de commercer, hors le temps des foires, dans d'autres villes que celles de leur résidence. Ils durent alors recourir pour la vente de leurs marchandises à un privilégié de la localité, qui ne vendait pas en leur nom, mais en son nom personnel. C'est pour régulariser ce mode de trafic que l'on institua des bureaux en titre d'office pour la vente de ces marchandises. — V. l'ordonn. de mars 1586.

(2) Code de comm., art. 91. — Lorsque le commis-

Art. 420. l'opération qui fait l'objet de la commission, opération dont il doit rendre compte à son commettant.

Dans ses rapports avec les tiers, le commissionnaire n'est pas un mandataire, car c'est en son propre nom qu'il s'oblige ; c'est là ce qui le distingue du courtier, du facteur, et du commis. S'il achète ou s'il vend, le lieu de la promesse est le lieu où son engagement a été contracté; le lieu de la livraison, celui où les marchandises ont été par lui retirées ou reçues comme acheteur, par lui remises comme vendeur. Il n'y a nulle difficulté dans l'application des règles spéciales de compétence de l'article 420 pour les contestations qui s'élèvent entre lui et la partie étrangère au contrat de commission avec laquelle il a traité.

Dans ses rapports avec le commettant, l'application est moins évidente. On a objecté qu'il s'agissait d'un mandat; que l'acceptation de ce mandat n'était pas une promesse; que l'expédition des marchandises au commettant

sionnaire agit au nom de son commettant, ce n'est plus qu'un mandataire ordinaire dont les droits et les obligations sont régis par le code civil ; code de comm., article 92.

n'était pas une livraison dans le sens de l'article 420 (1). Je ne saurais me rendre à ces objections. L'acceptation de ce mandat spécial constitue une véritable promesse; promesse d'acheter, promesse de vendre pour autrui, suivant les circonstances. Cette promesse aura été faite, dans la plupart des cas, au lieu où réside le commissionnaire; la nature de ses fonctions suppose en effet que l'exercice de son ministère est provoqué plutôt qu'offert. Art. 420.

Toutefois, en ce qui concerne l'application de notre texte, il faut s'entendre sur le fait qui constitue la délivrance, selon que le commissionnaire est chargé d'acheter ou de vendre.

A-t-il été chargé d'acheter, on comprend facilement la possibilité du concours des deux conditions exigées. La commission est donnée et acceptée au lieu de son domicile. D'un autre côté, s'il ne s'est pas chargé du transport des marchandises au domicile du commettant, la livraison s'opère à son propre domicile, soit que le commettant retire la chose, soit qu'il en demande l'expédition. Le lieu de ce domicile est alors le lieu de la promesse et de l'exécution. La compétence du tribunal se justifie

(1) Dalloz, Jurisp. génér., tom. 5, p. 380.

ART. 420. par cette considération, qu'il faut apprécier si la marchandise livrée remplit les conditions indiquées par le contrat de commission (1).

Le commissionnaire a-t-il été chargé de vendre, c'est le commettant qui promet la livraison, et comme il doit remettre la chose entre les mains du commissionnaire pour qu'il en opère la vente, le domicile du commettant sera généralement encore le lieu de la promesse et de la livraison. Le commissionnaire engagé vis-à-vis les tiers par les opérations qu'il a faites pour le compte de son commettant, est dans la même position que s'il eût acheté la chose pour la revendre. — Chacune des parties pourrait d'ailleurs se prévaloir de l'attribution de juridiction qui résulte de ce concours de circonstances.

Mais la solution est plus difficile lorsque le contrat a pour objet unique le transport de la marchandise d'un lieu dans un autre lieu. — La solution doit d'ailleurs être la même, soit que l'expéditeur ou le destinataire aient traité avec un commissionnaire de transports, soit qu'ils aient directement traité avec un voiturier.

(1) V. *suprà*, p. 160.

On trouve bien ici une promesse faite : elle émane du commissionnaire ou du voiturier. C'est la promesse de transporter ou de faire transporter. Le transport est la chose promise. Mais l'exécution d'une semblable promesse peut-elle équivaloir à une livraison de marchandises? « Quelque généraux que soient les termes *marchandise livrée* employés par le législateur, a dit la cour de Bordeaux, ils ne peuvent s'entendre que d'une transmission à titre de propriété (1). » Peut-être y a-t-il quelque chose de trop absolu dans cette proposition, car nous avons vu que l'article était applicable lorsque la délivrance faite entre les mains d'un commissionnaire a pour objet, non de lui transmettre la propriété, mais de lui conférer les moyens d'aliéner la chose pour le compte du commettant. La cour de Bordeaux n'a d'ailleurs apprécié le fait de la délivrance que sous un point de vue; c'est-à-dire la remise faite par l'expéditeur entre les mains du commissionnaire ou du voiturier. J'admettrai, si l'on veut, que cette remise ne constitue pas la délivrance dans le sens de l'article 420, parce qu'elle n'est pas l'exécution de la promesse qui émane du voiturier, et qui consiste dans l'obli-

ART. 420.

(1) Arrêt du 22 mars 1836; Dalloz, 36-2-182.

ART. 420. gation d'effectuer le transport. Mais c'est la remise faite entre les mains du destinataire, après le transport effectué, dont il faut apprécier le caractère, pour décider si la circonstance que cette remise a été faite au lieu où est intervenu le contrat, doit attribuer la compétence au tribunal dans l'arrondissement duquel ont eu lieu la promesse et la livraison.

Ce qui fait difficulté au premier aperçu, c'est qu'il semble que le commissionnaire ou le voiturier ne fassent pas en leur nom la délivrance, et qu'ils ne soient que les intermédiaires de la délivrance opérée entre l'expéditeur et le destinataire. Mais en approfondissant davantage on arrive à cette conclusion, que le voiturier ajoute, par le transport qu'il opère, une valeur nouvelle à la valeur de la marchandise qu'il remet. Cette valeur qu'il livre ne peut être séparée de la chose qui fait l'objet du transport, de sorte qu'en opérant la remise entre les mains du destinataire, il n'est pas seulement l'intermédiaire de la délivrance effectuée par l'expéditeur : il livre pour son propre compte, en exécution du contrat, la chose augmentée de la valeur qu'elle acquiert par l'opération du transport (1).

(1) L'arrêt de la cour de cassation du 26 février 1839,

Il en est de cette hypothèse comme de celle où le propriétaire de marchandises les a confiées à un fabricant pour les manufacturer, et les livrer ensuite sous leur nouvelle forme, soit au propriétaire lui-même, soit à un tiers. Certes personne ne contestera que la livraison faite par le fabricant, des marchandises qu'il a manufacturées, ne puisse, lorsqu'elle s'opère dans le lieu de la promesse, déterminer la compétence conformément à la disposition de l'article 420. La matière première est ici modifiée; c'est une chose nouvelle que le fabricant livre en exécution du contrat. L'industrie dont il a promis l'emploi se traduit en une forme matérielle qui fait l'objet de la délivrance; de même que le transport de la chose est représenté par la valeur nouvelle dont s'accroît la marchandise objet de la livraison. ART. 420.

Toutefois, en nous laissant aller à cette tendance qui multiplie les applications de la règle, ne perdons pas de vue qu'il s'agit d'une règle exceptionnelle dont il faut peser les termes

que j'ai déjà cité, p. 174, proclame, dans ses considérants, le même principe, bien que la cause ne présentât à décider que la question de savoir si la troisième disposition de l'article 420 était applicable à l'espèce. Dalloz, 39-1-157.

Art. 420. pour la renfermer dans de justes limites.

On s'est demandé si la seconde disposition de l'article 420 était applicable dans l'hypothèse d'une cession de lettres de change.

Que l'on trafique sur les lettres de change, c'est ce qui ne peut être contesté; cela tient à l'intérêt qu'on peut avoir de toucher dans tel lieu déterminé une somme en numéraire : le change n'est que la représentation de cet intérêt; aussi la loi répute-t-elle acte de commerce le fait de celui qui, en signant une lettre de change, crée pour les spéculations de banque un aliment, pour les transactions commerciales un moyen. Mais que, dans le sens de l'article 420, la lettre de change soit une marchandise livrée, c'est ce qui me paraît une interprétation singulièrement hasardée.

Cependant elle semble résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 11 février 1834 : « Considérant que c'était à Lyon que les valeurs promises *devaient être livrées* et plus tard remboursées ; que sous ce rapport, aux termes de l'article 420 du code de procédure, le tribunal de commerce de Lyon était compétent (1). »

(1) Dalloz, 34-1-216.

Je ne puis croire que cette simple énonciation de l'arrêt, relative au lieu de la livraison des valeurs, ait l'importance d'une opinion raisonnée. L'arrêt trouve d'ailleurs sa justification sous un autre point de vue, c'est-à-dire eu égard au lieu du payement de ces valeurs. La lettre de change se confond avec la promesse dont elle est seulement le titre; loin d'être l'exécution définitive de la promesse, elle suppose une exécution ultérieure. Il est vrai qu'aux termes de l'article 1689 du code civil, « dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, *la délivrance* s'opère entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre. » Mais outre qu'il serait facile de contester l'identité entre le transport de créance et le contrat de change, il faut remarquer encore que le droit ou la créance échappe au fait matériel de la délivrance; c'est le moyen ou l'*instrument* nécessaire pour l'exercice du droit, qui seul peut être l'objet d'une tradition matérielle. Or, que représente entre les mains du porteur de la lettre de change le titre qui lui a été remis? une somme d'argent qu'il doit toucher à une époque et dans un lieu déterminés. C'est donc un payement qu'il est censé recevoir au moment de la remise du titre, sous la con-

ART. 420.

Art. 420. dition d'un encaissement ultérieur ; c'est un *payement* et non *la délivrance* d'une marchandise, car la remise de la lettre de change est correspondante à l'obligation de livrer une valeur en numéraire métallique. La lettre de change, avec la facilité de circulation qu'elle comporte, n'est qu'une forme de la promesse introduite pour faciliter la libération d'une dette d'argent, et pour obvier aux inconvénients du transport de la monnaie métallique.

Si, dans le langage juridique, le terme de payement se prend quelquefois dans un sens plus large, et se confond avec la délivrance, il est manifeste que, dans le texte de l'art. 420, ces expressions comportent une signification restreinte. Dans le paragraphe que j'explique, la délivrance ne peut être confondue avec la prestation d'une somme d'argent; ce qui le prouve, c'est que la *délivrance* ne détermine la compétence que lorsqu'elle s'opère au lieu même de la promesse ; tandis que l'indication d'un lieu pour le *payement* suffit pour attribuer la juridiction au tribunal du lieu indiqué. Payement, délivrance, ne sont donc pas ici des termes identiques, autrement la disposition relative au concours de la promesse et de la délivrance serait complétement inutile.

Par conséquent, si le porteur n'est pas payé à l'échéance, il ne pourra pas assigner devant le tribunal du lieu où la lettre de change a été cédée et remise; il n'aura que l'alternative d'assigner devant le tribunal du domicile de l'un des signataires à son choix, ou devant le tribunal du lieu dans l'arrondissement duquel le payement devait être fait (1). La remise de la lettre de change, qui n'était qu'un payement fictif, perd ce caractère dès qu'il n'y a pas eu encaissement effectif à l'échéance; elle n'est plus qu'un titre entre les mains du porteur. ART. 420.

Sous l'ordonnance de 1673, on enseignait la même doctrine (2). Elle a été consacrée par la cour de cassation sous l'empire des anciens principes (3), par la cour de Toulouse, dans deux arrêts rendus depuis la promulgation du code de procédure (4).

Il y a cependant une hypothèse dans la-

(1) V. *infra*, p. 206.

(2) V. Jousse, sur l'art. 17, tit. 12 de l'ordonnance de 1673; et Bornier, sur ce même article.

(3) Arrêt du 4 octobre 1808; Dalloz, Jurisp. génér., tom. 3, p. 381.

(4) Arrêts du 12 janvier 1833, Dalloz, 33, 2, 150; et du 9 février 1838, Dalloz, 38, 2, 148.

Art. 420. quelle le porteur d'une lettre de change pourrait, en actionnant le signataire pour le faire condamner au payement, profiter de la seconde alternative de l'article 420. C'est le cas où la lettre de change lui aurait été remise comme payement de marchandises vendues et livrées dans un même lieu. Il pourrait alors assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la vente a été faite et consommée. Mais cette solution, loin d'être une dérogation aux principes que j'ai posés, en est la confirmation. La lettre de change donnée en payement n'éteint pas l'obligation primitive, à moins d'une intention contraire manifestée par les parties; ayant pour cause le prix de marchandises antérieurement fournies, elle n'est entre les mains du vendeur qu'un moyen de faciliter le payement; tandis que si la lettre de change n'avait pas ce caractère, et si la remise était en réalité la délivrance d'une marchandise en échange de celle qui a été reçue, l'obligation primitive serait dans tous les cas éteinte. Mais il n'en est pas ainsi : toutes les fois que l'on peut rattacher à une vente antérieure la création ou la transmission d'une lettre de change, le vendeur conserve les priviléges attachés à sa créance, notamment en

ce qui concerne l'attribution de juridiction (1). Art. 420.

Il peut arriver aussi que le numéraire métallique fasse fonction de marchandise : cette hypothèse se présente lorsqu'il y a vente ou échange de pièces de monnaie d'or ou d'argent pour d'autres monnaies. C'est le contrat que les anciens docteurs appelaient *change menu* ou *manuel : cambium minutum seu manuale* (2). La somme que le changeur reçoit comme retour, ou qu'il déduit sur la valeur correspondante à celle qui lui est fournie, constitue son profit, et s'appelait autrefois *collybus*. Les monnaies sont ici considérées *ut corpora*, du moins quant à l'espèce. Elles ne sont pas prises comme signe général des valeurs ; la possession que l'on veut acquérir de telle monnaie à la place de telle autre est la conséquence d'un besoin particu-

(1) C'est en appliquant un principe analogue que de nombreux arrêts ont décidé que l'action en payement du reliquat d'un compte, résultat d'opérations commerciales, est valablement portée devant le tribunal qui eût pu directement connaître de ces opérations, parce que la circonstance qu'un compte a été ouvert n'est pas suffisante pour nover la dette et écarter l'application de l'article 420.

(2) V. Scaccia, *De commerciis et cambio*, § 1, quest. 5, nº 2.

Art. 420. lier, parce que la nature de l'une convient à un usage qu'une autre monnaie ne comporte pas : *nam collybus esse qui potest, cùm utantur omnes uno genere nummorum* (1) ? Dans ce cas le changeur pourrait incontestablement assigner le commerçant devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la convention a été faite et les pièces de monnaie livrées ; le même droit appartiendrait à celui qui aurait livré des pièces d'or ou d'argent pour en recevoir d'autres du changeur.

Il est facile de signaler la différence entre cette hypothèse et celle d'une lettre de change. Dans le cas de change de monnaies, la partie qui a livré a rempli son obligation. Le contrat a reçu exécution par la délivrance de la chose qui, dans l'intention des contractants, est considérée comme marchandise. S'agit-il au contraire d'une lettre de change ? celui qui l'a transmise reste sous le coup de l'obligation primitive qu'il avait contractée. Il n'a donc remis qu'un titre qui comporte une délivrance ultérieure, la délivrance des espèces qu'il a promises, c'est-à-dire un payement.

L'ordonnance de 1673 contenait une dispo-

(1) Cicéron, *In Verrem*, act. II, lib. 3, nº 78.

sition générale sur la compétence en matière de commerce maritime; le lieu du contrat devait seul entrer en considération, quel que fût le lieu de la livraison effectuée : « Les assignations pour le commerce maritime seront données par devant les juges et consuls du lieu où le contrat aura été passé. Déclarons nulles celles qui seront données par devant les juges et consuls du lieu d'où le vaisseau sera parti ou de celui où il aura fait naufrage (1). » Le sage conseiller de saint Louis, Pierre de Fontaines, voulait que l'on ne s'attachât pas seulement au lieu du contrat, pour déterminer la compétence, et que *le marchand par mer* ne fût assigné qu'au lieu où il avait un établissement et dans lequel il avait contracté : « Car quant aucuns vient en lieu pour partir s'en maintenant, celi ki acate de luy, acate aussi come a trespassant, ou de celuy qui se fait porter de lieu en autre, ou de celuy qui est marcheant par mer. Car il seroit trop dure cose se il convenist que cascuns se deffendist en tous les liex où la nef arriveroit et où il trespasseroit. Mais s'il s'arreste en aucun lieu pour droiture d'avoir moison, je ne dis pas que on ne le puisse il-

ART. 420.

(1) Tit. 12, art. 18. La connaissance de ces matières fut dévolue aux amirautés par l'ord. de 1681.

Art. 420. luecques suir; mais s'il prent illuecques tavernes ou greniers, ou autres offechines, et il vent la marchandise et fait ses besoignes, il se devera illuecques deffendre (1). » Le code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance, de sorte que les matières maritimes sont aujourd'hui soumises aux règles de compétence de l'article 420.

Cependant M. Pardessus admet le principe d'une compétence exceptionnelle pour certaines affaires maritimes. Elle serait fondée sur une élection tacite de domicile résultant de la nature de l'engagement. Ainsi cet auteur enseigne que dans le prêt à la grosse le payement devant être fait au lieu où finit le risque, le tribunal de ce lieu serait compétent pour connaître des actions relatives à l'exécution du contrat. Les demandes pour contribution aux avaries pourraient être portées devant le tribunal du lieu où l'on procède au règlement; l'action en réparation des dommages causés par suite de l'abordage de deux navires, devant le tribunal du premier port où le navire est arrivé; celle des gens de mer contre l'armateur, soit pour les engagements qu'il a contractés envers eux, soit

(1) Conseil de Pierre de Fontaines, chap. 29.

pour les indemnités qui leur sont dues, au tribunal du port de l'armement. L'action des affréteurs pourrait être portée au tribunal du port de débarquement, lorsqu'elle résulterait du défaut de représentation des objets chargés; au tribunal du port d'armement, s'il s'agit des indemnités qu'ils peuvent réclamer; et réciproquement ce dernier tribunal serait compétent pour connaître de l'exécution des engagements des affréteurs envers l'armateur (1).—Il suffit d'indiquer ces solutions : l'examen du principe sur lequel elles s'appuient m'entrainerait trop loin du développement de mon texte.

ART. 420.

3° Le demandeur peut assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

Il ne faut pas confondre cette indication d'un lieu pour le payement avec l'élection de domicile pour l'exécution d'un acte; l'élection de domicile est attributive de juridiction même dans les matières civiles, tandis que le lieu indiqué pour le payement n'a d'importance, au point de vue des règles de la compétence, que

(1) Cours de droit commercial, n°s 676, 715, 917, 1353.

ART. 420. dans les matières commerciales. L'art. 1258 du code civil distingue parfaitement les deux hypothèses du lieu convenu pour le payement et de l'élection de domicile : « Pour que les offres réelles soient valables, il faut : .... 6° que les offres soient faites *au lieu dont on est convenu pour le payement*, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier ou à son domicile, ou *au domicile élu pour l'exécution de la convention.* » Le lieu du payement pour les obligations civiles est réputé n'avoir été indiqué que pour les actes d'exécution volontaire ; dans les transactions commerciales, cette indication produit, comme l'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, l'effet de déterminer le tribunal dans l'arrondissement duquel peuvent être faites les poursuites judiciaires. Toutefois il ne faut pas assimiler complétement, même en matière commerciale, l'indication d'un lieu pour le payement et l'élection d'un domicile pour l'exécution de l'acte; je signalerai plus tard les différences (1).

On a vu quel était le sens particulier du mot

(1) V. *infra*, p. 210.

payement dans l'article 420. J'ai déjà dit qu'on ne pouvait l'entendre que de la prestation d'une somme d'argent (1); c'est ainsi qu'on s'explique pourquoi la loi s'est contentée d'une simple indication du lieu où le payement *doit être fait;* tandis que, lorsqu'il s'agit de livraison de marchandises, il faut, pour déterminer la compétence, que la promesse ait été faite et la marchandise *livrée* dans un même lieu. C'est parce qu'il s'agit de l'obligation de payer une somme d'argent, que la simple indication d'un lieu où doit se faire le payement suffit pour attribuer juridiction ; car, puisqu'il n'y a pas à comparer avec les termes du contrat la *nature* de l'objet promis, on ne devait plus exiger ni que la chose eût été livrée, ni qu'elle l'eût été dans le lieu où la promesse a été faite. — « Et l'on doit savoir, disait Pierre de Fontaines, puis k'il fu obligiés kil payast en Lombardie che ki doit, se il a sa maison en une autre contrée, il est retrais en cause et en Lombardie, et en la contrée où la maison est (2). »

ART. 420.

(1) V. *supra*, p. 184. Il y a cependant quelques arrêts qui ont jugé que le mot *payement*, dans l'art. 420, devait s'entendre dans un sens général et s'appliquer à l'exécution de toute convention.

(2) Conseil, chap. 29.

Art. 420. La dernière disposition de l'art. 420 n'est donc pas motivée, comme la disposition qui précède, sur la facilité que présente à l'appréciation du juge la proximité des témoins du contrat, et la situation de l'objet promis au moment de la livraison ; ce n'est plus une compétence attribuée *ratione rei sitæ;* on a pris seulement en considération l'intérêt que peut avoir le commerçant à obtenir jugement plus promptement et à moindres frais; chacune des parties évite un déplacement, car c'est au lieu du payement que le débiteur et le créancier doivent se rencontrer à l'époque de l'échéance. On comprend d'ailleurs l'importance de l'intérêt qu'il s'agit de protéger. Le défaut de payement à l'échéance peut avoir, pour le créancier, les conséquences les plus graves. L'argent sur lequel il compte doit servir à l'acquittement de ses propres obligations. Le retard d'un seul débiteur jette la perturbation dans une foule de transactions commerciales.

Ces explications ne seront pas inutiles pour la solution d'une question qui s'est plus d'une fois présentée devant les tribunaux; cette question est celle-ci : La partie obligée au payement peut-elle se prévaloir, contre l'autre, de

la compétence attribuée au tribunal du lieu où Art.
le payement doit s'effectuer ? Par exemple, 420.
l'acheteur de marchandises peut-il assigner son vendeur devant le tribunal du lieu du payement, pour faire juger que les marchandises resteront pour le compte de celui-ci ?

Il semble au premier aperçu que le lieu du payement ne doive déterminer la compétence qu'en faveur du créancier qui assigne. Le lieu du payement fait partie de l'obligation de payer. Il paraît donc assez difficile d'admettre que cette modalité de l'obligation puisse en être séparée pour régir une obligation d'une autre nature, par exemple celle de la délivrance des objets vendus; délivrance qui souvent doit être faite en un autre lieu. Mais il faut remarquer que la juridiction accordée au tribunal du lieu du payement repose uniquement sur cette prévision que le créancier et le débiteur doivent se trouver en même temps au lieu indiqué. C'est une sorte de rendez-vous donné pour consommer l'exécution définitive du contrat; et la loi se détermine ici par cette probabilité de la présence simultanée des deux parties ou de leurs représentants dans un même lieu, de même que dans la disposition précédente, par le concours dans un même lieu de

Art. 420. la promesse et de la livraison. Si l'on reconnait que tel est le motif unique de la dernière disposition de l'article 420, on n'hésitera pas à conférer à l'une et à l'autre des parties le droit de saisir le tribunal des contestations relatives non-seulement au payement du prix, mais encore à la livraison des marchandises ou au refus de les accepter. D'ailleurs la demande du payement soulèvera presque toujours des questions relatives à la livraison des marchandises; le juge pourrait être saisi de ces questions par voie de défense ou de reconvention, il n'y a donc pas grand inconvénient à permettre de les porter directement devant lui; c'est ce droit que confèrent les termes généraux de l'article 420, en permettant au *demandeur*, et non pas seulement au *créancier*, comme l'avait dit l'ordonnance, de porter son action devant le tribunal du lieu où le payement devait s'effectuer : « C'est *au moment du payement* que peuvent naître les contestations, disait la cour d'appel de Dijon; *les parties* sont présumées les avoir soumises à la juridiction locale (1). »

Le lieu du payement est indiqué par la con-

(1) Locré, Esprit du code de proc., tom. 2, p. 128.

vention ou par la loi. La disposition de l'article 420 doit-elle recevoir son application dans les deux hypothèses ? Art. 420.

Il est bien certain que, dans l'article 1258 du code civil, le lieu *convenu* pour le payement, lieu où les offres sont valablement faites, ne peut pas s'entendre du lieu déterminé par la loi dans le silence de la convention. C'est ce qui résulte d'ailleurs de ces termes du même article : *S'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement*, les offres seront faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, etc. C'est que le payement devant être fait, en règle générale, au domicile du débiteur, lorsqu'il n'y a pas de lieu désigné par la convention, les offres qui ont pour objet de mettre le créancier en demeure n'eussent pas rempli leur but, si le débiteur eût été autorisé à les faire au lieu de son propre domicile. Mais le même inconvénient ne se présente pas lorsque le lieu du payement est seulement considéré comme attributif de juridiction; car, ainsi qu'on le verra bientôt, la mise en demeure, c'est-à-dire l'assignation, reste toujours soumise aux règles ordinaires quant au lieu où elle doit être signifiée (1). Aussi le texte parle-t-il ici du

(1) V. *infra*, p. 210.

Art. lieu où le payement devait être effectué, sans
120. distinguer entre le lieu déterminé par la convention et celui que la loi indique (1).

Ainsi, à défaut de convention spéciale sur le lieu du payement, l'action, quelle que soit la partie qui l'intente, pourra être portée devant le tribunal du lieu que la loi indique pour effectuer le payement.

A cet égard la loi distingue, suivant la nature de la chose vendue, et aussi suivant que le prix est payable au comptant ou à terme.

Si un terme n'a pas été stipulé, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance (2).

Par conséquent la délivrance, lorsqu'il s'agit d'un *corps certain et déterminé*, devant être effectuée dans le lieu où était au temps de l'obligation la chose qui en fait l'objet (3), c'est dans ce lieu que le payement peut être exigé lorsqu'un terme n'a pas été stipulé, et c'est devant le tribunal de ce lieu que l'assignation pourra

(1) V. cependant Sallé sur l'art. 17, tit. 12, ord. de 1673.

(2) Code civil, art. 1651.

(3) Code civil, art. 1247 et 1609. Remarquez que, dans l'art. 1247, le mot *payement* est synonyme de *délivrance*.

être donnée. Dans cette première hypothèse, il semble que la loi n'ajoute rien au droit déjà conféré au demandeur par la seconde disposition de l'article 420, car le lieu du payement est en même temps celui de la promesse et de la délivrance. Mais, en comparant les deux dispositions, on reconnaît que le demandeur ne pourrait assigner devant le tribunal du lieu de la promesse et de la délivrance, que si l'on suppose la délivrance effectuée ; tandis que, pour se prévaloir de la dernière disposition de l'article, il suffit que le payement doive être effectué dans le lieu indiqué pour la délivrance, encore qu'elle n'ait pas été faite. ART. 420.

Lorsque la vente a pour objet des marchandises indéterminées, par exemple une certaine quantité de blé, dont le prix doit être payé comptant, c'est encore au lieu et à l'époque de la délivrance que le payement du prix doit être fait. Mais alors la délivrance devant être effectuée au domicile du vendeur, c'est aussi à ce domicile que l'acheteur doit payer (1). Dans ce cas le créancier du prix, demandeur au procès, aura le droit d'assigner devant le tribunal de son propre domicile; tandis que si l'acheteur assignait son vendeur pour lui de-

(1) Code civil, art. 1247.

ART. 420. mander la délivrance, il ne trouverait dans la dernière disposition de l'article 420 aucune prérogative, puisque le lieu du payement serait en même temps le lieu du domicile du défendeur, domicile qui, d'après le droit commun, détermine la compétence du tribunal.

Si un terme a été stipulé pour le payement, il importe peu que le contrat ait pour objet des marchandises déterminées ou indéterminées. Dans ce cas ce n'est pas au lieu de la délivrance que le prix doit être payé, mais au domicile du débiteur (1). Le lieu de la délivrance est alors indifférent, parce qu'elle se trouve déjà consommée au moment où le payement du prix est devenu exigible. Le créancier du prix ne trouvera donc ici, dans la disposition dernière de l'article 420, aucune prérogative nouvelle; il n'aura que le droit d'assigner devant le tribunal du domicile du défendeur, conformément au droit commun, ou devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée. L'acheteur, au contraire, pourra se prévaloir de cette disposition, qui établit en sa faveur une compétence particulière et distincte, puisqu'en assignant devant le tribunal du lieu où doit s'effectuer le

(1) Code civil, art. 1247.

payement, c'est devant le tribunal de son Art.
propre domicile qu'il attire le créancier dé- 420.
fendeur. C'est ce qu'ont jugé de nombreux arrêts, entre autres un arrêt de la cour de Limoges que j'ai déjà cité (1).

Ces principes devront recevoir leur application dans le silence du contrat relativement au lieu du payement. — Si la convention l'indique, la compétence est déterminée par la volonté qu'ont manifestée les parties.

Un usage s'est depuis quelque temps introduit. Dans la facture qui accompagne l'envoi des marchandises, on exprime ordinairement le lieu et l'époque du payement. Souvent il arrive que le vendeur prend soin d'indiquer sur la facture son propre domicile comme lieu du payement, quoique, dans le silence de la convention, la loi ait indiqué un autre lieu, par exemple le domicile de l'acheteur. Quelquefois même l'énonciation portée en la facture est une formule banale, imprimée à l'avance, et qui perd d'autant plus de son importance qu'elle ne paraît pas avoir été spécialement exprimée en vue de l'exécution du contrat intervenu entre les parties. On s'est demandé

(1) V. *supra*, p. 172.

Art. 420. si cette énonciation était toujours obligatoire pour le débiteur, et si le créancier avait le droit de s'en prévaloir pour attirer le débiteur devant le tribunal du lieu que la facture indique.

Il est d'abord incontestable qu'il n'appartient pas à l'une des parties, sans le concours de la volonté de l'autre, de modifier la convention primitive, soit qu'un lieu pour le payement ait été déterminé d'une manière expresse, soit que les contractants se soient tacitement référés aux dispositions de la loi. L'énonciation portée en la facture ne peut donc prévaloir ni sur l'indication faite par les contractants d'un autre lieu de payement, ni sur la disposition de la loi, lorsqu'ils n'ont pris soin d'en indiquer aucun. L'indication contenue dans la facture exige, pour devenir obligatoire et pour être attributive de compétence, une acceptation de l'autre partie; considérée comme acte unilatéral, elle ne constitue qu'une simple proposition.

Mais l'acceptation de cette proposition doit-elle être expresse? Résulterait-elle suffisamment de la réception des marchandises? Ces questions se sont maintes fois présentées devant les tribunaux, et la jurisprudence les a

résolues dans un sens trop favorable peut-être aux prétentions du créancier. Art. 420.

Il y aurait, suivant moi, de graves inconvénients à considérer comme une approbation de la clause portant indication du lieu du payement, la réception des marchandises de la part de l'acheteur. S'il les refuse, il faudra donc qu'il agisse contre son vendeur pour le faire condamner à la délivrance, et pour faire en même temps déclarer que le payement doit être effectué non dans le lieu que la facture indique, mais dans celui qu'ont déterminé la convention ou la loi. Pourquoi ces lenteurs et ces procédures, lorsque l'acheteur a dans ses mains la chose promise, lorsqu'en la retenant il accepte seulement l'exécution de l'obligation contractée par le vendeur?

Il est vrai qu'aux termes de l'article 109 du code de commerce, les achats et ventes se constatent *par une facture acceptée*. Mais doit-on considérer comme une approbation tacite des énonciations de la facture la réception des objets qu'elle accompagne? L'acheteur ne devait-il pas croire que les conditions écrites dans la correspondance, ou dans un traité commun aux deux parties, prévaudraient sur l'énonciation émanée, après coup, d'une seule

Art. 420. partie, sans la participation de l'autre? Il est vrai que l'acceptation se présumerait plus facilement si la convention primitive était muette sur le lieu du payement, parce qu'il semble qu'alors la facture ne modifie pas les conditions du marché; mais les parties ne sont-elles pas présumées s'être référées à la loi qui, dans leur silence, prend soin de déterminer le lieu du payement?

Ulpien, dans son XVIII[e] livre *ad Edictum*, se demande si le voiturier peut échapper à la responsabilité que l'édit lui impose, en avertissant les voyageurs qu'il n'entend pas répondre de la perte de leurs effets. Il décide que cette déclaration préalable n'a d'efficacité que lorsque les voyageurs ont consenti à l'accepter : *Item si prædixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstaturum*, ET CONSENSERINT VECTORES PRÆDICTIONI, *non convenitur* (1). Le consentement dont parle le jurisconsulte est évidemment une adhésion s'appliquant d'une manière spéciale à la déclaration émanée du voiturier; elle ne résulterait pas de la circonstance que le voyageur a été transporté avec les effets qui lui appar-

(1) L. 7, ff. *Nautæ, caupones, stabularii.*

tiennent ; autrement la condition exigée, *et* Art.
consenserint vectores prædictioni, serait une su- 420.
perfluité. C'est que la seule déclaration du voiturier n'est qu'une protestation contre la loi du contrat, et l'exécution qu'il a reçue laisse entier le droit de l'autre partie, parce qu'elle n'est pas incompatible avec les conséquences légales résultant du contrat. — A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque la déclaration émanée de l'un des contractants n'est pas contemporaine de la convention qui les oblige, mais qu'elle survient au moment d'une exécution postérieure. L'acceptation des marchandises, et de la facture qui les accompagne, prouve la vente et l'achat, mais n'emporte pas dérogation aux conditions de la vente relatives au prix ou au lieu du payement du prix.

Toutefois, en semblable cas, la réception des marchandises par l'acheteur aurait pour effet d'élever contre lui une présomption qu'il serait obligé de détruire, en justifiant que le prix devait être payé dans un lieu autre que celui indiqué par la facture : justification qui sera difficile, surtout lorsqu'il n'y aura pas eu de lieu spécialement indiqué par la convention, et que les parties se seront tacitement référées aux dispositions de la loi. Aussi, pour con-

Art. 420. server l'avantage de sa position, l'acheteur agirait-il prudemment, en protestant, au moment de la réception, contre l'énonciation de la facture, ou en réclamant par voie de correspondance (1).

La disposition qui permet d'assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être fait s'applique à toutes les conventions commerciales, alors même que la somme due ne serait pas le prix de marchandises livrées; ainsi l'action en payement d'une lettre de change dont la valeur aurait été fournie en numéraire sera valablement portée devant le tribunal du lieu où elle doit être acquittée. Il est vrai qu'à l'époque de la rédaction du code de procédure, des observations furent présentées dans un sens diamétralement opposé. Le tribunal de commerce de Genève, s'expliquant sur la dernière disposition de l'article 420, disait : « La faculté laissée au demandeur de porter sa demande devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué, ne saurait s'entendre que *pour le payement de la marchan-*

(1) V. sur cette question, un arrêt de la cour d'Orléans du 9 février 1846; Dalloz, 46, 2, 43.

dise, et ce sens résulte naturellement du paragraphe qui précède : car il serait contraire aux principes et à l'usage que cette latitude pût s'appliquer aux lettres de change, et qu'un endosseur pût être assigné dans le lieu où la remise qu'il a signée était payable. On demande donc que le troisième paragraphe soit rédigé ainsi qu'il suit : Devant le tribunal dans l'arrondissement duquel *le payement de la marchandise* devait être effectué. » M. Locré ajoute : « En reprenant la rédaction de l'ordonnance on a rempli le vœu de ce tribunal (1). »

ART. 420.

Mais est-il bien certain que le texte de l'ordonnance fût ainsi entendu? « En matière de lettres de change, disait Jousse sur l'ordonnance de 1673, on ne peut faire assigner que par-devant le juge du domicile du débiteur, ou bien *au lieu auquel le payement doit être fait* (2). » Il n'y a dans les termes de l'ordonnance reproduits par l'article 420, rien qui puisse faire supposer un lien nécessaire entre les deux dispositions dont l'une parle de la *marchandise* livrée, l'autre du payement à effectuer.

(1) Esprit du code de proc., tom. 2, page 151.
(2) Sur le titre 12, art. 17.

Art. Il faut même décider que, si la lettre de
420. change était fournie à l'occasion d'un contrat relatif à une vente de marchandises, les difficultés sur la livraison des marchandises et sur l'exécution du contrat seraient valablement portées devant le tribunal du lieu où la lettre de change est payable (1). C'est la conséquence de la doctrine que j'ai plus haut développée (2).

Les principes que j'ai exposés sur la compétence des tribunaux de commerce, eu égard à leur circonscription territoriale, serviront à résoudre les questions diverses que peut soulever l'application du texte. J'ai cru qu'il convenait de restreindre dans les termes rigoureux de la loi les exceptions aux règles ordinaires de la compétence, que l'article 420 a introduites. C'est l'intérêt général du commerce qui motive ces exceptions, il faut se garder d'en faire, par une interprétation trop relâchée,

(1) Voyez en ce sens, arrêts de la cour de cassation des 29 janvier 1814 et 25 mai 1815 ; Dalloz, Jurisprudence génér., tome 5, p. 397 et 260. — La demande de payement pourrait aussi être portée dans ce cas devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée. V. *supra*, p. 185.

(2) V. *supra*, p. 194 et suiv.

un privilége du plaideur. Une simple obser- ART.
vation fera comprendre l'esprit dans lequel ces 420.
règles exceptionnelles ont été admises : les ordonnances qui élargissaient pour tous, en cette matière, la sphère dans laquelle pouvaient se produire les contestations commerciales, avaient en même temps interdit tout accès devant les juridictions consulaires aux arbitraires prétentions des priviléges personnels : « Les juges et consuls, dans les matières de leur compétence, pourront juger nonobstant... tout renvoi requis et signifié, même en vertu de nos lettres de *committimus* aux requêtes de notre hôtel ou du palais, le privilége des universités, des lettres de garde gardienne et tous autres (1). » Il y a plus, les franchises et priviléges concédés à certaines provinces comme condition de leur réunion à la France, ne protégeaient plus leurs habitants lorsqu'ils étaient traduits devant la juridiction des consuls. Ainsi jugé par arrêt du conseil de 1698, en faveur de François Camusat, marchand à Troyes, contre Jacques Fremiot, de Besançon, nonobstant le privilége des habitants de la Franche-Comté, de n'être tenus de plaider soit en

(1) Ordonnance de 1673, tit. 12, art. 13.

Art. 420. demandant, soit en défendant, que devant les juges de leur province (1).

On a vu que les règles de compétence en matière commerciale comprennent des dispositions communes aux matières ordinaires et des dispositions toutes spéciales introduites dans l'intérêt du commerce. Quelques explications sur ce point.

Le domicile du défendeur détermine à la fois le tribunal qui doit connaître de la demande et le lieu où l'assignation sera valablement remise. Le droit commun est réglé en ce point par l'article 59 du code de procédure sur la compétence, et par l'article 68 sur la remise des exploits. Mais en créant en matière commerciale une extension à la règle de l'art. 59, le législateur n'a pas modifié le principe de l'article 68, d'après lequel tous exploits doivent être faits à personne ou domicile; c'est ce qui résulte d'ailleurs de l'article 415; de sorte que le lieu de la promesse et de la délivrance, attributif de juridiction aux termes de l'art. 420, n'est d'aucune considération quant à la remise de l'ajournement. Il en faut dire autant du lieu où le payement doit s'effectuer.

(1) Rogue, Jurisprudence consulaire, chap. 1er, nº 10.

Cependant on s'est efforcé d'établir une assimilation entre le lieu du payement et le domicile élu pour l'exécution d'un acte (1). Et comme il n'est pas douteux que toutes les significations relatives aux poursuites peuvent être faites au domicile élu (2), on en tire cette conséquence que l'ajournement, en matière commerciale, peut être délaissé au lieu du payement.

ART. 420.

La question s'est présentée devant la cour de cassation à propos d'une contestation née sous l'empire de l'ordonnance. Il paraît que les termes de l'art. 17 du titre 12, qui correspond à notre article 420, déterminèrent la cour à décider que l'assignation avait été valablement délaissée au lieu où devait s'effectuer le payement (3). M. Denevers, qui combat cette solution au point de vue de la législation nouvelle, semble reconnaître que le texte de l'ordonnance pourrait justifier la décision de la cour. Pour moi, je ne crois pas devoir faire cette

(1) Carré et Chauveau, Lois de la procédure, question 1511. V. une dissertation de M. Sirey, 1808, 2, 214.

(2) Code civil, art, 111.

(3) Arrêt du 4 février 1808; Denevers, Journal des audiences de la cour de cassation, 1808, 1, 57.

Art. 420. concession. Le sens que l'on voudrait donner à l'article 17 de l'ordonnance n'a pour base qu'une malencontreuse équivoque. En disant que « le créancier pourra *faire donner l'assignation* à son choix, ou au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou *au lieu auquel le payement doit être fait*, » il est évident que le législateur a eu en vue non le lieu dans lequel l'assignation est délaissée, mais le lieu dans lequel le défendeur doit comparaître. Ces termes sont synonymes de ceux-ci qu'emploie l'article 18 : « les assignations *seront données par-devant les juges consuls du lieu*, etc. » Ce qui le prouve, c'est qu'il faudrait apparemment appliquer la même interprétation à chacune des alternatives de l'article 17, et dire que l'assignation aurait pu être délaissée au lieu dans lequel la promesse a été faite et la marchandise fournie; et cependant il est impossible de trouver, dans une telle hypothèse, ce lieu spécial et déterminé, qui tient la place du domicile réel, et dans lequel, à défaut de la partie elle-même, on puisse trouver un représentant de sa personne, un gardien vigilant de ses intérêts, chargé de recevoir pour elle et de lui transmettre l'exploit signifié par le demandeur.

Ce n'est donc pas dans le texte plus ou moins obscur des ordonnances qu'on doit chercher une solution. Il faut restreindre les éléments de la controverse à l'examen de cette assimilation tentée entre le lieu du payement et l'élection de domicile. Art. 420.

A ce point de vue, il devient nécessaire d'écarter d'abord du débat une hypothèse qui rentre dans les termes de l'article 420 et qui répugne évidemment à l'assimilation. Si l'indication d'un lieu pour le payement résulte non d'une clause expresse du contrat, mais de la disposition de la loi, ira-t-on jusqu'à soutenir que l'assignation y pourrait être signifiée, quoique le défendeur fût ailleurs domicilié? Certes, ce serait donner beau jeu à de perfides combinaisons, et les garanties légales seraient singulièrement entendues! On sait que chacune des parties peut se prévaloir de la dernière disposition de l'article 420; et la loi indiquant dans presque tous les cas le domicile de l'un ou de l'autre des contractants comme lieu du payement d'une somme d'argent (1), on verrait le demandeur signifier le plus souvent à son propre domicile l'exploit destiné au dé-

(1) V. *suprà*, p. 198 et suiv.

ART. 420. fendeur; diriger les poursuites, en recevoir les actes comme représentant la partie qu'il attaque; menacer d'une main, pour tendre l'autre à son adversaire; contradicteur en même temps que mandataire : *Janique bifrontis imago!*

Inutile d'insister sur les facilités qu'un semblable système laisserait à la mauvaise foi. Ceux qui soutiennent que l'assignation peut être délaissée au lieu indiqué pour le payement supposent d'ailleurs une indication émanée de la volonté des parties. Sous cet aspect la question mérite un examen plus sérieux.

Je supposerai pour plus de simplicité que le lieu indiqué par la convention n'est le domicile de l'une ni de l'autre des parties, mais le domicile d'un tiers, un territoire neutre. La raison de décider se trouve, suivant moi, dans la diversité des intentions qui déterminent tantôt à élire un domicile pour l'exécution, tantôt à indiquer un lieu pour le payement.

L'élection de domicile considérée dans les rapports des parties contractantes produit deux effets distincts : — elle emporte soumission à la juridiction du tribunal dans l'arrondissement duquel est élu le domicile conven-

tionnel; — elle confère en outre le droit de signifier au lieu désigné tous les actes de poursuites. La loi attache cette double conséquence à la convention des parties, parce qu'elle considère l'élection de domicile comme étant faite en vue de l'*exécution forcée* du contrat. Le mandataire chez lequel le domicile est élu a donc qualité pour recevoir toutes significations. Mais il en est autrement de l'*exécution volontaire*; aussi a-t-il été décidé que le payement ne pouvait être opéré valablement entre les mains de la personne chez laquelle est élu le domicile, bien que les offres y puissent être régulièrement signifiées. Son mandat ne lui confère pas qualité pour les accepter (1). ART. 420.

L'indication d'un lieu pour le payement est, à l'inverse, présumée faite en vue d'une *exécution volontaire*. Aussi, dans les contrats purement civils, est-elle sans aucune influence, soit pour déterminer la juridiction, soit sur la signification des actes de poursuites. Si l'indication d'un lieu pour le payement a son

(1) V. arrêts de la cour de cassation du 23 novembre 1830, Dalloz, 30, 1, 405, et du 21 nov. 1836, Dalloz, 1837, 1, 53.

Art. 420. importance en matière commerciale pour créer une attribution de compétence au tribunal du lieu indiqué, c'est qu'à la volonté présumée des parties vient se joindre un motif tiré de l'intérêt général du commerce; mais du reste cette indication ne paraît conférer aucun mandat à celui chez qui le payement doit être fait, si ce n'est de recevoir pour le créancier absent la signification des offres (1).

On conçoit que la matière du procès influe sur la compétence, on ne comprendrait pas qu'elle eût quelque importance pour modifier les règles sur la remise des exploits. Ces règles ne peuvent varier suivant la matière du procès, parce qu'il s'agit toujours de faire parvenir avec plus de certitude et de garanties à la personne assignée l'acte qui lui est destiné, et parce que le même but exige l'emploi des mêmes moyens (2). Il ne faut donc voir dans l'article

(1) Il y a en effet deux conditions exigées pour le payement : 1° qu'il soit fait au lieu indiqué; 2° au créancier ou à quelqu'un *ayant pouvoir de lui*. V. code civ., art. 1239, 1247 et 1258, et les arrêts cités dans la note précédente.

(2) Il y a cependant une exception fort remarquable en matière maritime; elle résulte de l'article 419 du code de procédure. Mais dans ce cas la loi s'explique d'une manière formelle. V. *suprà*, p. 136.

420 qu'une extension aux règles de la compétence déterminée par l'article 59, et non pas une exception à la règle de l'article 68 sur la remise des exploits. Art. 420.

Avant de m'expliquer sur la procédure qui suit l'exploit d'ajournement, il importe encore de signaler quelques différences entre la compétence résultant du domicile réel du défendeur, et la compétence spéciale attribuée au tribunal du lieu de la promesse et de la livraison, ou au tribunal du lieu du payement.

Le domicile qui détermine la compétence est celui de la personne assignée, au temps de l'assignation. Le domicile peut changer, et la compétence varie comme le domicile, tant qu'elle n'a pas été fixée par l'ajournement signifié. La veuve commune en biens, l'héritier, sauf le cas prévu par le sixième paragraphe de l'article 59, ne peuvent être assignés que devant le tribunal de leur propre domicile.— Au contraire, l'attribution de juridiction qui résulte des circonstances accessoires du contrat s'impose irrévocablement aux contractants, aussi bien qu'à leurs héritiers. Il faut appliquer ici ce que disait Bacquet à propos du domicile élu par la convention : « On maintient le

Art. 420. domicile esleu n'estre point révocqué par la mort de celui qui l'avoit esleu... Comme ce domicile estant transmis aux héritiers, tout ainsi que les actions descendantes du contract sont transmissibles en leurs personnes, et comme l'élection de ce domici le faisant partie du contract (1). »

Toutefois il est une hypothèse dans laquelle le domicile réel peut être considéré comme attributif d'une juridiction spéciale. Ceci a lieu en cas de faillite. La loi, en attribuant au tribunal *du domicile du failli* l'action en déclaration de la faillite et les demandes qui sont la conséquence de la faillite déclarée (2), a eu en vue, non le tribunal du domicile *actuel* du commerçant qui a cessé ses payements à une époque antérieure, mais le tribunal dans

(1) Des droits de justice, chap. 8, n° 16. — Ce principe fut expressément reconnu lors de la discussion du sixième alinéa de l'art. 59 du code de procéd. V. Locré, Esprit du code de proc., tom. 1, p. 149. — Il en serait autrement de l'élection de domicile indiquée par un simple exploit ou acte de procédure, laquelle, étant révocable à volonté parce qu'elle est unilatérale, finit par la mort de la partie, comme un mandat ordinaire. V. Bacquet, *ibid.*

(2) Art. 59 du code de procédure, 438 du code de commerce.

le ressort duquel il était domicilié au moment de la cessation des payements; de sorte que la compétence de ce tribunal serait invariablement fixée, quelles que fussent les mutations ultérieures de domicile. Art. 420.

Cette question s'est présentée devant la cour de Poitiers, qui, par arrêt du 4 juillet 1845, a décidé que la compétence appartient au tribunal du lieu où le failli se trouve domicilié au moment de la demande en déclaration de faillite; la cour a cependant reconnu qu'il y aurait exception à cette règle si le changement de domicile était frauduleux de la part du failli (1). — Il y a de graves raisons pour préférer l'opinion contraire.

Ce n'est pas dans l'intérêt du failli que la loi indique le lieu de son domicile comme siége des opérations de la faillite; c'est dans l'intérêt des créanciers. C'est pour faciliter les investigations de la justice sur la vie commerciale du failli, les causes occultes de sa ruine, l'époque de la cessation de ses payements. Cet intérêt ne peut être satisfait que si la juridiction est exercée sur le théâtre où

(1) Recueil des arrêts de la cour de Poitiers, 1845, p. 248.

Art. 420. ces faits se sont accomplis. Le fait de la cessation de payements produit donc pour les créanciers *le droit* de porter leurs actions devant le tribunal dans le ressort duquel leur débiteur était domicilié lorsqu'il est tombé en état de faillite, comme pour ce tribunal *le droit* de déclarer d'office la faillite (1). Ce droit, la cour de Poitiers le reconnaît elle-même, en concédant que si le changement était frauduleux, il ne faudrait pas y avoir égard. Comment un changement de domicile pourrait-il être frauduleux, s'il ne portait atteinte à un droit préexistant ? En matière ordinaire et lorsqu'on se trouve placé sous l'empire de la maxime : *Actor sequitur forum rei*, se préoccuperait-on d'une semblable éventualité de fraude, et le défendeur auquel on l'imputerait, ne serait-il pas fondé à dire qu'en changeant de domicile il n'a fait qu'user d'une faculté dont son adversaire n'a pas à lui demander compte, parce que la compétence n'est pas fixée tant que l'assignation n'a pas été signifiée ? — Mais c'est précisément parce que dans le cas de faillite, le débiteur, par un changement de domicile calculé dans ce but, pourrait enlever la con-

(1) Art. 437 et 440 du code de commerce.

naissance de la faillite au tribunal qui peut le mieux en apprécier le caractère, c'est parce qu'il y a compétence déterminée par le fait de la cessation de payements, que les créanciers ont le droit de provoquer la déclaration de faillite devant le tribunal du domicile qu'avait le débiteur à cette époque, qu'il ait ou non depuis changé de domicile, que ce changement soit frauduleux ou exempt de fraude. ART. 420.

Des textes nombreux éclairent la vérité de ce principe. — Lorsque par l'article 437 du code de commerce on a permis de déclarer la faillite après le décès du commerçant mort en état de cessation de payements, a-t-on entendu que la faillite serait déclarée par le tribunal du domicile des héritiers ? C'est pourtant à cette conséquence que conduirait la doctrine sur le domicile actuel. — L'article 440 en permettant au tribunal de déclarer d'office la faillite d'un commerçant, n'a-t-il pas indiqué que la compétence appartient au tribunal du lieu dans lequel la notoriété des faits vient provoquer la vigilance de la justice ? — Enfin le sens attaché à ces mots *domicile du failli*, et le degré d'importance qui s'attache à la juridiction du tribunal du lieu de la cessation de payements, se révèlent par la disposition de l'article 606,

ART. 420. qui veut que la demande en réhabilitation formée par le failli soit communiquée au procureur du roi et au président du tribunal de commerce de l'arrondissement où *la faillite a eu lieu*, lorsque le failli n'y est plus domicilié. Ne serait-il pas étrange que l'on consultât, sur les rapports du failli avec ses créanciers, un tribunal qui ne les aurait pas vérifiés; et ne résulte-t-il pas de là que le tribunal dans le ressort duquel la faillite a eu lieu, est en même temps celui qui l'a déclarée?

La doctrine que j'ai développée peut s'appuyer sur un arrêt de la cour de Rouen du 19 décembre 1842 (1), sur l'autorité de M. Berriat-St-Prix (2) et de M. Renouard, dans son Traité des faillites (3).

422. L'exploit introductif d'instance est signifié. Le défendeur est en demeure de comparaître devant le tribunal indiqué. Si les parties comparaissent à l'audience, soit en personne, soit par mandataires, la procédure judiciaire va se développer avec une extension plus ou moins grande de formes ou de délais, selon la com-

(1) Dalloz, 43, 2, 205.
(2) Tome 1, p. 132, note 3.
(3) Tome 1, p. 246.

plication ou la simplicité du procès, l'accession imprévue des exceptions ou des incidents. Art. 422.

La multiplicité des affaires dont son rôle serait chargé est à peu près la seule cause qui mette obstacle à ce qu'un tribunal de commerce prenne immédiatement connaissance du différend des parties. Devant la justice commerciale, la loi n'admet point d'instruction écrite. Le développement oral des conclusions de l'ajournement, et des moyens de la défense, suffit pour éclairer des juges familiarisés avec la complication des affaires commerciales. La procédure est donc essentiellement sommaire, et le plus souvent le jugement définitif sera prononcé dès la première audience. L'ordonnance de 1536 recommandait aux juges « de procéder sommairement et de plain entre marchands, la seule vérité du fait regardée (1). »

Cependant il peut arriver que la plaidoirie de l'affaire soit renvoyée à l'une des prochaines audiences; ou que l'affaire, ayant été plaidée, ne soit pas en état de recevoir une décision définitive, parce qu'il est nécessaire, pour vérifier les prétentions des parties, de les entendre en personne, de procéder à une

(1) Ordonn. du 10 octobre 1536, art 3[illegible]

Art. 422. enquête, à une expertise, de compulser les livres ou la correspondance. Pour toutes ces hypothèses, il fallait pourvoir à la facilité des communications judiciaires que la durée de l'instance peut rendre nécessaires entre les parties. On sait que, devant la juridiction ordinaire, l'élection de domicile est présumée faite chez l'avoué représentant de la partie, à moins qu'une autre élection de domicile ne soit expressément indiquée. Mais la spécialité des pouvoirs du mandataire qui représente une partie devant le tribunal de commerce ne permet pas de considérer son domicile comme le domicile d'élection de la partie; la loi veut que, s'il n'intervient pas jugement définitif à la première audience, les parties non domiciliées *au lieu où siége le tribunal* soient tenues d'y faire l'élection d'un domicile. Cette élection de domicile doit être mentionnée sur le plumitif de l'audience, à défaut de quoi toute signification, même celle du jugement définitif, peut être valablement faite au greffe du tribunal.

L'élection de domicile faite par le demandeur dans son exploit d'ajournement ne remplirait donc pas le vœu de la loi, si elle n'était réitérée à l'audience et constatée par le greffier.

Il en serait de même de l'élection de domicile exprimée dans le pouvoir confié au mandataire. C'est la mention sur le plumitif qui seule peut faire disparaître ce domicile de droit que la loi prend soin d'élire pour les parties au greffe du tribunal. Ce n'est pas à dire cependant que les parties ne puissent valablement se faire des significations, soit au domicile réel quoique hors du lieu où siége le tribunal, soit même au domicile élu quoique non mentionné sur le plumitif; mais elles n'y sont pas obligées. Elles peuvent, si elles le préfèrent, user de la faculté que la loi leur donne de faire leurs significations au greffe (1).

Art. 422.

Les juges de commerce ont, comme les juges ordinaires, la faculté de renvoyer après les plaidoiries le jugement de l'affaire à une prochaine audience. Ils peuvent ordonner la remise des pièces sur le bureau pour délibérer à la chambre du conseil, et commettre un juge sur le rapport duquel ils délibéreront (2). Si les plaidoiries avaient eu lieu sur le fond dès la première audience, il serait inutile que les parties fissent établir une élection de domicile

(1) Arrêt de Poitiers du 28 nov. 1822; de Bordeaux, 26 février 1830.

(2) V. ordonn. de 1667, tit. 16, art. 3.

Art. 422. sur le plumitif, quoique la décision fût renvoyée à un autre jour. Il n'y a plus de significations à faire; l'œuvre des parties est terminée par les plaidoiries; la mission du juge reste seule à remplir; la procédure ne peut plus subir de modification.

Le ministère public n'a pas de représentant devant les tribunaux de commerce (1). Il n'y a donc pas à faire l'application des textes qui déterminent les cas dans lesquels la communication doit avoir lieu (2).—Lorsqu'un tribunal civil exerce les fonctions de tribunal de commerce dans les arrondissements où les causes commerciales n'ont pas de juges spéciaux, l'instruction doit être la même que devant les tribunaux de commerce. Il en résulte donc que la communication au ministère public, impossible devant les tribunaux de commerce, ne doit pas avoir lieu lorsque le tribunal civil juge en matière commerciale, si l'on veut arriver à cette identité des formes de l'instruction dont l'article 641 du code de commerce impose l'observation.

(1) Code de commerce, art. 617. — V. tome 1, chap. 14, p. 387.

(2) V. tome 2, chap. 4.

Cependant la cour de cassation vient de juger Art.
que le ministère public fait partie intégrante 422.
du tribunal civil jugeant en matière commerciale dans les villes où il n'existe pas de tribunal de commerce (1). — La conséquence de cet arrêt, c'est que le ministère public doit être entendu dans les affaires dont l'art. 83 du code de procédure ordonne la communication au procureur du roi.

Cette conséquence a été proclamée par le rapporteur et par M. le procureur général Dupin, dans son réquisitoire. Placés à des points de vue différents : — l'un opposant comme objection aux prétentions du ministère public, cette intervention active qu'il faudrait accepter de sa part, et le danger d'introduire dans le jugement des procès commerciaux un élément qui brise l'identité de formes que la loi commande; —l'autre accueillant cette conséquence de son principe pour qu'il ne dégénérât pas en une pure abstraction;—ils se sont trouvés d'accord pour reconnaître que si le ministère public fait partie du tribunal civil jugeant en

(1) Arrêt du 21 avril 1846; v. les observations de M. Pataille, rapporteur, et les conclusions de M. le procureur général Dupin, dans le *Moniteur* du 22 avril 1846, et dans le journal *le Droit* des 22 et 25 avril.

Art. 422. matière commerciale, il aura le droit et quelquefois l'obligation de conclure comme dans les matières ordinaires.

Aussi, pour dénier au ministère public le droit de conclure, faut-il contester même la nécessité de sa présence lorsque le tribunal civil se transforme en tribunal de commerce. L'une de ces solutions domine l'autre : à moins qu'on ne veuille se résoudre à faire de la présence du ministère public un vain simulacre d'autorité, un instrument impuissant et superflu dans l'administration de la justice, comme ce glaive émoussé par le temps et rongé par la rouille, que l'on conservait à Marseille dans le temple de la loi, symbole d'une justice dont il n'était pas en état de servir les vengeances (1).

Cette nécessité de l'adjonction du ministère public, je la conteste. Il n'y a pas de place pour lui dans la composition du tribunal civil jugeant en matière commerciale, parce qu'il n'a pas d'attributions à exercer. La communication au ministère public est une forme de

(1) « *A conditâ urbe, gladius est ibi quo noxii jugulantur; rubigine quidem exesus, et vix sufficiens ministerio, sed index in minimis quoque rebus, omnia antiquæ consuetudinis monumenta servanda.* » Valère Maxime, liv. 2, chap. 6, n° 7.

l'instruction ; admettre le ministère public à conclure, c'est imposer à la procédure commerciale des retards incompatibles avec l'un de ses caractères essentiels, la rapidité de l'instruction. Aussi la question me paraît-elle tranchée par le texte de l'article 641 du code de commerce ; on n'a jamais sérieusement contesté que, par application de ce texte, le ministère des avoués doive être interdit devant les tribunaux civils jugeant en matière commerciale (1). Cependant les seuls éléments de cette solution acceptée sont d'un côté les articles 414 du code de procédure et 627 du code de commerce, portant que le ministère des avoués est interdit *devant les tribunaux de commerce*, et d'un autre côté l'article 641 du code de commerce, qui veut que l'instruction devant les juges du tribunal civil ait lieu dans la même forme que devant le tribunal de commerce lorsqu'ils en exercent les fonctions. Le ministère des avoués est-il donc plus inconciliable avec la nécessité d'observer les formes d'instruction prescrites pour les tribunaux de commerce, que ne le serait l'intervention active du ministère public ? Non, sans contredit ;

ART. 422.

(1) V. *suprà*, p. 130.

Art. 422. vous aurez un mandataire légal à la place d'un simple fondé de pouvoir, mais cette modification restera sans influence sur les formes de la procédure. Cependant on se soumet au principe de l'uniformité en enlevant aux avoués leur privilége, parce que ce privilége s'efface devant les tribunaux de commerce. L'adjonction du ministère public et son droit de conclure seraient bien plus incompatibles avec les règles tracées pour la procédure commerciale : comment appliquer, par exemple, la disposition de l'article 83 du règlement du 30 mars 1808, qui veut que dans les causes contradictoires les pièces soient communiquées au ministère public trois jours avant celui indiqué pour la plaidoirie, tandis qu'à raison de l'urgence des affaires commerciales la loi n'exige que le délai d'un jour franc entre l'assignation et les plaidoiries ? Où serait d'ailleurs cette uniformité dont parle l'article 641 du code de commerce ? Si le ministère public était obligé de conclure, l'omission de ses conclusions ne constituerait-elle pas *un vice de forme ?* Ainsi le jugement rendu par le tribunal civil en matière commerciale serait annulable pour une cause qui ne pourrait être invoquée si le jugement émanait d'un tribunal de commerce.

On objecte que l'article 640 du code de commerce ayant attribué la connaissance des affaires commerciales aux juges du tribunal civil, lorsqu'un tribunal de commerce n'est pas établi dans leur arrondissement (1), il faut que le tribunal fonctionne avec tous les éléments qui le constituent ; que ce serait lui faire subir une mutilation que d'écarter de sa composition le représentant du ministère public. Cette objection porte à faux ; l'art. 640 ne dit pas qu'à défaut de tribunal de commerce la connaissance des affaires commerciales *restera aux juges civils* (2); ce n'est pas comme juridiction *ordinaire* exerçant sa compétence sur les matières qu'un texte spécial ne lui a pas enlevées, c'est comme juridiction *exceptionnelle* investie par une attribution expresse, que le tribunal civil est alors appelé à juger. Tribunal exceptionnel quant à sa compétence, loin de s'étonner que son organisation soit en même temps exceptionnelle, il faut le présumer au contraire.

ART. 422.

Pour appliquer en effet les principes déclarés communs aux tribunaux de commerce et aux

(1) La loi du 24 août 1790, tit. 12, art. 13, contenait une disposition semblable.

(2) Expressions de M. le procureur général Dupin dans ses conclusions du 21 avril 1846.

Art. 422. tribunaux civils jugeant en matière commerciale, n'est-on pas obligé d'admettre que le tribunal civil exerçant ces attributions ne pourrait procéder à une vérification d'écritures, statuer sur une inscription de faux, ou sur les contestations élevées à propos de la qualité d'héritier, mais qu'il devra renvoyer le jugement de ces incidents *aux tribunaux ordinaires* (1)? Ce n'est donc pas un tribunal ordinaire qui se trouve saisi du fond : autrement sa juridiction pourrait s'exercer sur ces difficultés accessoires. Et si, tout en reconnaissant que le tribunal civil saisi d'une affaire commerciale doit s'abstenir de statuer sur l'incident et surseoir au jugement du fond, on veut en même temps maintenir son caractère de tribunal ordinaire, je demande quelle est la valeur et la moralité d'un semblable système qui nous montrerait un tribunal constitué comme juridiction ordinaire, ayant, non pas des attributions restreintes, mais des attributions de plus, se dessaisissant lui-même pour exercer plus tard sa juridiction, sur la même difficulté, en vertu des mêmes pouvoirs, avec

(1) V. mes explications sur les articles 426 et 427 du code.

la même organisation, les mêmes juges sié- Art.
geant en la même qualité. La loi ainsi comprise 422.
et appliquée ne serait plus qu'une capricieuse fantaisie contre laquelle protesteraient la raison et l'intérêt sacrifié du justiciable.

Mais il faut l'entendre autrement. Les juges civils remplaçant les juges de commerce ne sont plus des juges ordinaires, ce sont des juges d'exception. Ils s'organisent en tribunal de commerce, et, si vous voulez savoir quelle est cette organisation, ne vous reportez pas aux principes de l'institution primitive des tribunaux civils, mais consultez uniquement l'institution qui sert de type à leur transformation. Alors il sera facile de comprendre pourquoi, devant ce tribunal constitué à l'image du tribunal de commerce, on suit les règles introduites en vue de cette organisation spéciale; pourquoi les officiers ministériels ne sont plus des intermédiaires légaux entre la partie et le juge; pourquoi sa compétence est restreinte et ne peut s'étendre à certains incidents; pourquoi ses jugements produisent les effets attribués aux jugements des tribunaux de commerce (1): on se convaincra que le but de la loi

(1) Code de commerce, art. 641.

Art. 422. a été de donner aux commerçants qui plaident, à la place d'un tribunal composé de commerçants, un tribunal qui lui ressemble, où le plaideur croie trouver encore la justice familière de ses pairs, devant lequel ses habitudes judiciaires ne soient pas froissées par un appareil inaccoutumé. La conséquence, c'est que le ministère public n'a pas de rôle à remplir devant le tribunal ainsi transformé ; c'est une juridiction spéciale, comme celle du juge des *référés* qui s'exerce sans adjonction du ministère public.

Il existe une controverse qui n'a pas peu contribué à jeter de l'obscurité sur le point que j'examine. On sait que la cour de cassation décide que, même dans les lieux où il existe un tribunal de commerce, le tribunal civil, s'il est saisi d'une affaire commerciale, peut juger valablement en vertu du consentement exprès ou tacite des parties. Le motif de cette jurisprudence, c'est que le tribunal civil serait le juge d'origine, et que la règle exceptionnelle n'étant pas invoquée, le principe de la juridiction ordinaire doit reprendre naturellement son empire. Partant de cette idée, on n'a vu dans la juridiction attribuée au tribunal civil, à défaut de tribunal de commerce, que le retour

au droit commun devenu nécessaire par l'impossibilité de recourir à la juridiction exceptionnelle, de même qu'il serait légitimé par le consentement des parties dans les lieux où la juridiction exceptionnelle est constituée. ART. 422.

En admettant, pour le besoin du raisonnement, la vérité de cette doctrine, qui consacrerait au profit des tribunaux civils le privilége d'une absorbante domination, comment n'a-t-on pas vu que l'exercice de ce droit, tel que le comprennent ceux qui le réclament, fournirait un argument de plus à la thèse que je soutiens?

Certes, il n'y a pas à s'y méprendre; si le tribunal civil, en vertu de sa *plénitude de juridiction*, peut retenir la connaissance des affaires commerciales, faute par les parties d'avoir proposé l'exception déclinatoire, c'est sa juridiction *ordinaire* qu'il exerce, juridiction prorogée en vertu de la volonté présumée des parties, mais non pas transformée à raison de la matière qui lui serait soumise.

Aussi les auteurs et les arrêts qui maintiennent cette doctrine l'entendent-ils en ce sens que l'on doit procéder dans ce cas suivant les formes ordinaires, avec le ministère des avoués; que le jugement ne produira d'autres effets

Art. 422. que ceux d'un jugement rendu sur les matières civiles ; que notamment l'exécution provisoire, la contrainte par corps, ne seront prononcées que suivant les règles imposées à la juridiction civile ; que la compétence du tribunal s'exercera même sur les incidents qui échappent à la juridiction commerciale.—Dans cette hypothèse il faut admettre sans doute l'adjonction du ministère public, car c'est bien le tribunal civil, avec son organisation ordinaire, qui fonctionne et qui juge.

Comparez ces attributions du tribunal civil jugeant en vertu du consentement des parties les affaires commerciales, avec les attributions qu'il exerce en vertu de la disposition de l'article 640 du code de commerce ; et cette théorie de la plénitude de juridiction, théorie que je crois erronée, mettra dans un nouveau jour cette incontestable vérité, savoir, que le tribunal civil exerçant les fonctions attribuées aux juges de commerce, dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, est une juridiction exceptionnelle constituée en vertu d'une loi spéciale; on comprendra en même temps pourquoi les cours royales jugeant les appels des tribunaux de commerce conservent les formes de leur pro-

cédure, leurs avoués, leur organisation, parce Art.
qu'elles exercent leurs fonctions normales en 422.
vertu de leur institution originelle, et non pas en vertu d'une sorte de subrogation de pouvoirs.

« Depuis cinquante-six ans, a dit M. Dupin, on a toujours entendu et exécuté la loi en ce sens que le tribunal civil jugeant les affaires de commerce fonctionnerait conformément aux lois de son organisation, c'est-à-dire avec l'adjonction du ministère public dans tous les cas où il a le droit ou le devoir d'intervenir. Or l'usage est le meilleur interprète des lois : *optima legum interpres consuetudo.* » Je n'entends pas récuser l'autorité de l'usage, ni l'affaiblir en répétant « que le principal effect de sa puissance, c'est de nous saisir et empiéter de telle sorte qu'à peine soit il en nous de nous r'avoir de sa prinse et de rentrer en nous pour discourir et raisonner de ses ordonnances (1); » mais il sera du moins permis de contester l'universalité de l'usage sur lequel s'appuie M. Dupin. Plusieurs avis émanés de la chancellerie, notamment le 17 avril 1834 et le 5 avril 1838, sur la question que j'examine,

(1) Montaigne, Essais, liv. 1, chap. 22.

Art. 422. seraient une preuve suffisante que l'usage dont on parle n'est pas universellement accepté. Serait-ce trop s'avancer d'aller même jusqu'à dire que c'est l'usage contraire qui a prévalu dans la pratique? Dans le ressort de la cour royale de Poitiers, notamment, jamais le ministère public n'a été considéré comme partie intégrante du tribunal civil remplaçant le tribunal de commerce. — Il y a des positions élevées dans lesquelles l'étendue des horizons que le regard embrasse ne permet pas de saisir le mouvement qui s'opère dans chaque partie de l'ensemble, et de reconnaître la diversité des détails.

On s'étonne que l'intérêt privé, « si habile à contredire tout ce qui le choque, le blesse et lui offre chance d'échapper à la chose jugée (1), » n'ait pas une seule fois soulevé la question ; mais que prouve cette observation, s'il est certain que dans un grand nombre de tribunaux la loi ait toujours été entendue en ce sens que le ministère public n'a aucune attribution à exercer devant le tribunal civil faisant fonctions de tribunal de commerce ? Comment supposer que le silence du plaideur soit l'aveu de son impuissance à lutter contre la doctrine de l'adjonction du ministère public, lors-

(1) Conclusions de M. le procureur général Dupin.

qu'on voit des jurisconsultes éminents ne pas craindre d'accepter la responsabilité de cette doctrine devant laquelle reculerait la témérité du plaideur ? Art. 422.

« Dans le cas exceptionnel où il n'y a pas de tribunaux de commerce dans l'arrondissement où siége le tribunal civil, dit M. Benech, ce dernier tribunal ne connaît pas des affaires commerciales comme tribunal civil, mais comme tribunal de commerce. Il dépose son caractère ordinaire pour revêtir celui de juridiction commerciale; les formes ordinaires de la procédure civile se voilent pour faire place à ces formes spéciales : le caractère des avoués s'efface et ne jouit plus d'aucun privilége; il n'est pas jusqu'au ministère public qui ne soit dessaisi de ses attributions (1). »

M. Boitard s'exprime ainsi : « Le tribunal civil jugeant comme tribunal de commerce, écoute les parties et les juge sans assistance du ministère public, écoute les parties et les juge sans présence, sans assistance d'avoués; en un mot, le tribunal civil, dans le cas de l'art. 640 du code de commerce, n'est pas con-

(1) Traité des tribunaux civils de première instance, page 45.

Art. 422. stitué comme tribunal civil jugeant civilement (1). »

MM. Carré et Chauveau développent la même doctrine (2).

M. Rodière établit en termes formels : « que le tribunal civil, siégeant commercialement, n'a ni avoués, ni ministère public (3). »

On pourrait multiplier les citations; c'en est assez pour absoudre du moins les jurisconsultes d'avoir laissé passer, sans protester contre elle, cette pratique universelle des tribunaux dont M. Dupin invoquait l'autorité.

Les règles sur la publicité et la police des audiences sont communes aux juridictions ordinaires et aux juridictions exceptionnelles. Les mêmes pouvoirs appartiennent aux tribunaux civils et aux tribunaux de commerce pour faire respecter la dignité de la justice et réprimer les délits commis à l'audience (4). « Que cil qui tenront le *parlement*, ne souffrent pas euls vituperer par oultrageuses paroles de avocat, ni de parties. Car lhoneur du roi de qui ils

(1) Leçon 46, sur l'art. 427.

(2) Lois de la procédure, questions 410 et 1529.

(3) Tome 2, page 288.

(4) V. Théorie, tome 2, p. 305.

representent la personne ne le doit mie souf- Art.
frir (1). » Loyseau a dit mieux encore : « La 422.
personne de tout officier, *quelque petit qu'il soit*, exerçant sa charge, est sacrée et inviolable pource qu'en cet acte il represente la personne du prince, lequel est garant de l'outrage fait en l'acte de son service (2). »

Les règles qui déterminent comment sont rendus et prononcés les jugements, le mode de recueillir les voix et de vider le partage, sont applicables aux tribunaux de commerce. Seulement, à défaut de juge ou de suppléant, on devrait appeler, pour vider le partage, aux termes de l'article 4 d'un décret du 6 octobre 1809, un notable commerçant pris sur la liste formée en vertu de l'article 619 du code de commerce, suivant l'ordre du tableau (3).

Enfin, dans la rédaction et l'expédition du 433.
jugement, doivent être observées les formes

(1) Règlement donné pour le parlement en 1344, art. 17. V. aussi ordonn. de 1535, ch. 1, art. 91.

(2) Des Offices, liv. 1, chap. 6, n° 12.

(3) Un arrêt de la cour de Poitiers a jugé, le 27 juin 1838, que le jugement devait contenir, *à peine de nullité*, la mention que le notable qui n'est pas le premier inscrit sur la liste n'a été appelé qu'à raison de l'absence ou de l'empêchement de ceux qui le précédaient dans l'ordre d'inscription; Dalloz, 38, 2, 141.

Art. 433. prescrites pour les tribunaux de première instance par les articles 141 et 146. Toutefois la généralité de ce renvoi doit subir les restrictions qui résultent de l'organisation spéciale des tribunaux de commerce.

Il y a certaines dispositions qui supposent l'intervention active des avoués. L'exposé sommaire du point de fait et de droit est rédigé par l'un des avoués, et signifié à l'avoué de l'autre partie qui peut s'opposer à la rédaction signifiée. C'est encore sur un acte d'avoué à avoué que cette opposition est réglée par le juge qui a présidé. Ces formes ne peuvent se concilier avec la prohibition du ministère des avoués devant les tribunaux de commerce.

Cependant on ne saurait concevoir un jugement qui ne contiendrait pas, comme point de départ, les faits et les conclusions : *Ex factis jura oriuntur*. Isolé des faits, ce serait une doctrine abstraite, une pure conception de l'intelligence, un syllogisme aux prémisses incertaines. Les qualités sont donc aussi essentielles aux sentences commerciales qu'aux jugements des tribunaux ordinaires. Mais qui les rédigera, quelle sera leur valeur légale, quelle voie sera ouverte à la partie pour prévenir les dangers de l'inexactitude ou de la mauvaise foi ? Le

code a gardé le silence; et, si l'on veut s'orienter dans la recherche de la voie qu'il faut suivre, on est tenté de répéter avec d'Aguesseau : « Le juge sans les formes est un pilote sans boussole. » Art. 433.

Dans un grand nombre de tribunaux de commerce, la partie qui veut lever le jugement rédige et dépose au greffe les qualités, sans les communiquer à l'autre partie. M. Carré pense que la rédaction appartient au juge (1). MM. Chauveau (2) et Thomine-Desmazures (3) sont d'avis que les qualités doivent être rédigées par le greffier. — Il serait difficile de signaler, entre ces divers systèmes, une raison de préférence; mais ne peut-on pas trouver un motif de décider, dans les termes d'un décret du 6 janvier 1814, portant fixation des droits attribués au greffier du tribunal de commerce de Paris, et dans lequel on trouve, à l'art. 1er, une allocation « pour chaque jugement expédié, et *dont les qualités se rédigent dans le greffe?* » Une ordonnance du 12 octobre 1825 a généralisé cette disposition en attribuant le même droit à tous les greffiers des tribunaux de commerce

(1) Lois de la proc., sur l'art. 433.
(2) Lois de la proc., *ibid.*
(3) Commentaire, tome 1, p. 655.

Art. 433. pour chaque jugement expédié, *même contradictoire, dont les qualités se rédigeront dans le greffe.* Remarquez que ce tarif ne porte pas une allocation particulière pour le cas où les qualités n'auraient pas été rédigées au greffe; ce qui démontre que ces mots : *dont les qualités se rédigeront dans le greffe*, sont une formule impérative, et non pas une indication qu'elles pourraient être rédigées ailleurs. De sorte qu'il importe peu qu'en fait le juge ou les parties aient mis la main à l'œuvre de la rédaction; le greffier est l'éditeur responsable auquel on peut demander compte des erreurs ou des omissions irritantes (1). Il faut également en conclure que les qualités rédigées sans le concours des parties ne peuvent leur nuire ni leur profiter. Aussi importe-t-il, surtout dans les instances commerciales, de demander acte au tribunal des aveux et des reconnaissances échappés à l'audience : leur simple énonciation glissée dans les qualités ne serait empreinte d'aucune autorité légale.

(1) M. Boncenne indique la même solution; seulement il suppose que les points de fait et de droit, et les qualités des parties, sont toujours portés avec les motifs et le dispositif sur la feuille d'audience, ce qui n'a pas lieu dans la pratique. V. tome 2, p. 428.

La signification du jugement ne doit pas être faite au mandataire de la partie, mais à la partie elle-même, soit à son domicile réel, soit au domicile élu, soit au greffe du tribunal dans le cas prévu par l'art. 422. Art. 433.

Si nous passons de la procédure simple aux complications multiples que les incidents entraînent, nous trouvons à chaque pas des règles spéciales qui brisent violemment les rapports d'analogie ou d'identité entre les principes des deux juridictions civile et commerciale. Ces différences se manifestent d'abord relativement aux *exceptions*.

En matière commerciale, l'étranger demandeur ne peut être repoussé par l'exception de la caution *judicatum solvi* (1). Ce n'est pas un privilége qui soit inséparable de la juridiction, car il peut être invoqué devant les tribunaux civils jugeant en matière commerciale dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce; ce n'est pas un privilége attaché à la qualité de commerçant, car il peut être invoqué par l'étranger qui réclame l'exécution d'une obligation commerciale, quelle que soit la profession de l'une ou de l'autre des parties. Il y a 423.

(1) Code civil, art. 16.

Art. 425. dans la généralité de cet aperçu, — qui montre les commerçants réunis en une grande famille dont l'égalité de droits serait l'élément essentiel, — une incontestable vérité, mais non pas une suffisante explication de notre texte. Les franchises du commerce et les avantages de la justice commerciale furent constitués d'abord en vue de la qualité des personnes. Mais ces priviléges *personnels* dans le principe, comme était *personnelle* la compétence des tribunaux consulaires, se sont attachés depuis à la nature des transactions, lorsque la compétence, se transformant sous la main des nouveaux législateurs, est devenue *réelle*, c'est-à-dire déterminée par la qualité de l'acte indépendamment de la qualité des contractants (1). Le point de vue que j'ai rappelé est donc exact comme origine, il ne l'est plus dans l'application. Il serait plus vrai de dire que la rapidité qu'exigent les affaires commerciales ne peut guère se concilier avec les retards qu'imposerait la nécessité de fournir et de discuter la caution, et que la modicité des frais à exposer en cette matière enlève à la caution son utilité principale.

C'est la matière du procès qu'il faut exclusivement considérer. J'appliquerais donc la dis-

(1) V. tome 1, p. 389.

ART.

pense de caution même à l'hypothèse prévue par 423.
l'art. 637 du code de commerce. Un effet négociable, réputé simple promesse, ou un billet à ordre a été souscrit par un individu non commerçant, et n'a pas d'ailleurs pour cause un acte de commerce. S'il porte cependant des signatures de commerçants, le tribunal de commerce sera compétent pour connaître de l'action dirigée contre le souscripteur non commerçant, alors même que les signataires commerçants ne seraient pas en cause. Le demandeur étranger doit être, dans ce cas, dispensé de la caution. Il est vrai que le défendeur n'a pas contracté d'obligation commerciale, c'est pourquoi la contrainte par corps ne peut être prononcée. Mais l'empreinte commerciale s'est attachée au titre par le contact des autres signataires. Le défendeur n'est soumis à raison de son obligation qu'aux dispositions de la loi civile ; mais le titre jeté dans la circulation était apte à devenir matière commerciale, même par un fait étranger à l'un des obligés : voilà pourquoi la compétence des juges de commerce, dès que ce fait se réalise, et par suite la dispense de fournir caution.

L'exception d'incompétence présente, en 424.
matière commerciale, le double aspect sous

Art. 424. lequel on l'envisage dans les matières ordinaires : incompétence à raison de la circonscription territoriale, incompétence à raison de la matière. L'une résultant de dispositions principalement introduites dans l'intérêt des plaideurs, l'autre se rattachant à l'intérêt supérieur d'une bonne administration de la justice; l'une qui ne peut être opposée que préalablement à toute autre exception et à toute autre défense; l'autre que le tribunal doit prononcer d'office, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé. Inutile d'insister sur ces distinctions déjà connues. Aussi bien les graves questions que soulève le droit de primogéniture réclamé par les tribunaux civils sont-elles sans aucun intérêt au point de vue de la compétence des tribunaux de commerce. Cependant une difficulté analogue à celles qui naissent de la plénitude de juridiction attribuée aux tribunaux civils se présente à propos des contestations entre associés pour raison de la société, lesquelles sont déférées à des arbitres par l'article 51 du code de commerce.

On s'est demandé si, dans ce cas, l'incompétence des tribunaux de commerce devait être considérée comme absolue, ou si, au contraire, elle pouvait être couverte par des défenses au

fond. Sous l'ordonnance de 1673 on tenait l'incompétence pour simplement relative. L'article 9 du titre 4 portait : « Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés ; et encore que la clause fût omise, un des associés en *pourra* nommer, ce que les autres seront tenus de faire ; sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus. » C'était un vestige de cette ordonnance du mois d'août 1560, aussitôt oubliée que rendue, laquelle avait décrété « que nuls marchands ne pourraient tirer par procès les uns les autres pour fait de marchandises par devant leurs juges ou autres, mais *seraient contraints* d'élire et de s'accorder de trois personnages, ou plus en nombre impair, si le cas le requérait, marchands ou d'autre qualité, et de se rapporter à eux de leur différend (1). » Seulement la disposition de cette ordonnance, inappliquée dans sa généralité, fut restreinte aux différends entre associés. L'utilité de l'arbitrage pour trancher les contestations sociales était consacrée par une pratique presque universelle, parce que les relations qu'établit le

Art. 424.

(1) V. tome 1, chap. 14, p. 567.

Art. 424. lien de société semblent exiger une juridiction moins solennelle et plus conciliatrice : « Sçachez, disait Bouteiller, qu'en compaignie de marchandise doit selon raison et loy escrite avoir loyauté, et équité toujours estre entendue ; car souvent les marchans ne font mie leurs devises devant gens, devant loy, devant tabellions ne tesmoings, ains les font ensemble et à bonne foy (1). » D'un autre côté, à la place des termes impératifs de l'ordonnance de 1560, le législateur de 1673 établit une disposition facultative, de sorte que l'arbitrage n'était *forcé*, même en matière de société, que lorsqu'il avait été provoqué par l'une des parties. Aussi la jurisprudence a-t-elle reconnu, sous l'empire de cette disposition, que le tribunal de commerce pouvait retenir la cause lorsque l'un des associés n'avait pas, *in limine litis*, proposé l'incompétence et demandé son renvoi devant arbitres (2). Une loi spéciale du 16 nivôse an VI, article 20, fortifia cette interprétation en disant que, dans toutes les contestations qui pourraient s'élever entre associés, les parties seraient tenues de se régler d'après l'usage de

(1) Somme rural, titre 58.

(2) V. les arrêts rapportés dans Dalloz, Recueil alphabétique, tome 1, p. 640.

chaque place de commerce, à l'effet de quoi, et *sur la réquisition de l'une d'elles*, elles seraient renvoyées par devant des négociants arbitres, qui, en conformité du titre 4 de l'ordonnance de 1673, statueront sur le différend (1). Mais le texte de l'article 51 du code de commerce vint imprimer une direction nouvelle à la doctrine comme à la jurisprudence. De nombreux arrêts ont déclaré que sa disposition était impérative, et constituait pour les tribunaux de commerce une incompétence à raison de la matière (2). ART. 424.

Il n'y a certes aucune objection à élever contre cette jurisprudence qui consacre la séparation infranchissable entre des juridictions d'un ordre différent. Qu'on remarque cependant la bizarrerie d'un système plus d'une fois combattu dans cet ouvrage (3). En proclamant l'incompétence absolue des tribunaux de commerce pour connaître des contestations entre associés, la jurisprudence accorde aux tribu-

(1) Cette loi s'appliquait spécialement aux liquidations et dissolutions de sociétés qui avaient existé pendant le cours du papier-monnaie.

(2) V. les arrêts rapportés au Dictionnaire d'A. Dalloz, v° arbitrage, n°s 108 et suiv.

(3) V. tome 1, p. 328, et tome 3, p. 83 et suiv.

ART. 424. naux civils de première instance, en vertu de *leur plénitude de juridiction*, le droit de juger les contestations entre associés, si l'incompétence n'est proposée *in limine litis* (1) : comme si le principe sur lequel repose cette doctrine ne devrait pas plutôt s'appliquer au profit de la juridiction des tribunaux de commerce ! car si l'on remonte aux origines qui nous montrent la filiation des juridictions diverses, ne trouve-t-on pas dans l'arbitrage forcé un démembrement des attributions conférées par les ordonnances aux anciens tribunaux consulaires ? C'est donc par rapport à eux, et non relativement aux tribunaux civils, qu'il faudrait proclamer cette maxime, dont l'application est si contestable : *que le retour à l'état primitif est toujours favorable.*

Je déciderais aussi, à plus forte raison, que les tribunaux de commerce sont incompétents, à raison de la matière, pour connaître des contestations attribuées aux *prud'hommes*, puisque dans les villes où cette institution n'est pas organisée, c'est au juge de paix et non au tribunal de commerce qu'appartient en général la

(1) Arrêt de la cour de cassation du 9 avril 1827; Dalloz, 27, 1, 165.

connaissance des différends qui rentrent dans les attributions des prud'hommes (1). D'un autre côté, les tribunaux de commerce sont juges d'appel des sentences prononcées par le conseil des prud'hommes (2), et porter *de plano* devant les juges supérieurs une demande qui n'a pas subi le premier degré de juridiction, c'est violer un principe d'ordre public parce qu'il y a perturbation dans l'organisation judiciaire. Art. 424.

Quant au déclinatoire fondé sur la litispendance ou la connexité, on doit s'en tenir à la règle déjà développée à propos de la juridiction des tribunaux ordinaires, c'est-à-dire qu'il peut être proposé en tout état de cause (3). Mais je dois rappeler ici la doctrine que j'ai soutenue en traitant la matière *des règlements de juges* : c'est que si des instances connexes sont pendantes en même temps devant un tribunal de commerce et devant un tribunal civil, l'exception de connexité ne peut avoir pour effet de forcer l'un des tribunaux à se dessaisir et à renvoyer les parties devant l'autre juridiction ; il y aurait lieu seulement à prononcer

(1) Loi du 25 mai 1838, art. 5.

(2) Décret du 3 août 1810, art. 2.

(3) V. tome 5, p. 248.

Art. 424. un sursis de la part de celui des tribunaux qui aurait été saisi le dernier, ou dont la décision serait subordonnée au jugement de l'affaire portée devant un tribunal d'un autre ordre (1).

425. Il me reste à signaler les dispositions spéciales par lesquelles la procédure de l'exception déclinatoire se sépare d'une manière saillante de la procédure suivie devant les juridictions ordinaires.

On connaît la règle écrite dans l'article 172 du code : « Toute demande en renvoi sera jugée sommairement, *sans qu'elle puisse être réservée ni jointe au principal.* » Ce que la loi défend aux tribunaux civils, elle le permet, par l'article 425, aux tribunaux de commerce : « Le même jugement pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond. » Cette diversité de vues et de décisions se rencontrait déjà dans les ordonnances de 1667 et de 1673 (2). Rappelons succinctement les raisons sur lesquelles repose la règle de l'article 172, on saisira mieux les con-

(1) V. tom. 5, p. 557 et suiv.

(2) Ordonn. de 1667, tit. 6, art. 3; de 1673, tit. 12, art. 13.

séquences et la portée de la disposition exceptionnelle de l'art. 425. Art. 425.

Les questions de compétence sont toujours soumises à la règle des deux degrés de juridiction. La faculté d'interjeter appel sur la compétence peut être exercée alors même que le fond du procès serait de nature à être jugé en dernier ressort (1). Le déclinatoire a le caractère d'un procès distinct et séparé du fond; le jugement qui intervient comporte une exécution d'une certaine nature : — l'exception a-t-elle été rejetée par le juge, qui déclare sa compétence, l'exécution du jugement consiste à plaider au fond devant lui. — L'exception a-t-elle été accueillie, et le juge s'est-il reconnu incompétent, l'exécution du jugement consiste à venir plaider devant les juges auxquels la demande devait, dès l'origine, être soumise.

De sorte qu'avant de plaider au fond se présente la nécessité d'obéir aux règles qui soumettent l'exécution des jugements à certaines formalités préliminaires. Le jugement sur la compétence étant susceptible d'appel, on se trouve d'abord en présence de l'art. 450 du code de procédure, qui veut que l'exécution

(1) Code de procéd., art. 454.

Art. 425. des jugements *non exécutoires par provision* soit suspendue pendant huitaine, à dater du jour de la prononciation du jugement. Il faut en outre obéir à la disposition de l'article 147, qui veut qu'un jugement ne puisse être exécuté avant d'avoir été signifié.

Mais, en matière commerciale, l'exécution provisoire est la règle, ainsi que je le démontrerai plus tard. La disposition de l'article 425 n'est qu'une des applications de cette règle. La décision sur la compétence est exécutoire nonobstant l'appel : dès lors l'article 450 n'impose plus l'observation d'aucun délai entre le jugement qui rejette le déclinatoire et la plaidoirie sur le fond. — Séparation du jugement sur la compétence et du jugement au fond, — effet suspensif de l'appel dirigé contre le jugement sur la compétence, sont deux idées corrélatives, liées entre elles comme l'effet et la cause. Les juges de commerce, dont les jugements échappent à la règle de l'effet suspensif, peuvent donc statuer, par une décision unique, sur la compétence et sur le fond, en s'expliquant toutefois par une disposition distincte sur l'incompétence proposée, parce que de ce chef leur jugement est toujours susceptible d'appel.

Il est une autre raison pour laquelle le tribunal doit prononcer sur la compétence par une disposition distincte. C'est que la question de compétence, quoique jugée en même temps que le fond, n'en conserve pas moins son caractère *préjudiciel*. Ainsi, dans le cas où la solution de l'exception déclinatoire exigerait certains moyens d'instruction, une enquête, par exemple, le tribunal devrait y procéder par préalable. Autoriser les parties à faire porter la preuve à la fois sur le déclinatoire et sur le fond, ce serait exercer une juridiction contestée. La compétence doit être d'abord examinée : *prius de judice;* sauf, si le juge se reconnaissait compétent, à prononcer sur le déclinatoire et sur le fond par le même jugement, mais par deux dispositions distinctes (1). Art. 425.

Si le tribunal de commerce n'était saisi par les conclusions des parties que de la question de compétence, et qu'après avoir statué sur la

(1) Arrêt de la cour de cassation du 10 juillet 1837; Dalloz, 37, 1, 361. — Il y a cependant des cas dans lesquels la question de compétence est subordonnée à l'examen du fond. Alors le tribunal pourrait procéder à une instruction qui, ayant pour objet de déterminer la compétence, porterait en même temps sur le fond du procès. V. *suprà*, p. 161.

Art. compétence, il eût renvoyé à un autre jour la
425. plaidoirie du fond, l'appel interjeté dans l'intervalle n'empêcherait pas le tribunal de statuer, au jour fixé, sur la question du fond. C'est pour avoir négligé de remonter au principe par lequel s'explique la disposition de l'article 425, que M. Chauveau s'est laissé entraîner vers une solution contraire (1). Cet auteur prétend que si l'article 425 permet de faire suivre immédiatement la disposition sur le déclinatoire de celle qui statue sur le fond, *c'est que le bien-jugé n'est pas contesté* en ce qui concerne la compétence; tandis que si un intervalle s'écoule après le jugement sur la compétence, et si la partie en a profité pour appeler, *elle a lié les mains aux premiers juges*, qui ne peuvent plus alors passer outre. C'est un faux point de vue. Si l'appel interjeté devait avoir un effet suspensif, pourquoi dépendrait-il du juge, en statuant par un seul jugement sur la compétence et sur le fond, d'enlever à la partie le moyen de suspendre le jugement du fond ? Ce serait donc alors *le juge qui lierait les mains au plaideur*. Mais c'est précisément parce que l'appel même interjeté ne suspendrait pas l'exécution, que la loi per-

(1) Lois de la procédure, quest. 1520 *ter*.

met aux juges de passer outre, sans observer le délai légal de l'article 450, imposé seulement lorsqu'il s'agit de jugements *non exécutoires par provision* (1). Art. 425.

Ce droit de juger le fond, nonobstant l'appel interjeté sur la compétence, était formellement consacré par les lettres patentes de Philippe de Valois, pour les gardes des foires de Brie et de Champagne (2), et par la déclaration du 28 avril 1565 : « Ne voulons iceux juge et consuls y avoir aucun égard (aux incompétences proposées), ains leur permettons passer outre nonobstant oppositions ou appel-

(1) V. arrêt de Rouen, 13 août 1819; Journal des Avoués, tome 22, p. 365 ; Aix, 26 juillet 1824 et 7 décembre 1826; Journal des Avoués, tome 34, p. 292 ; on trouve ce dernier arrêt à la date du 5 mai 1826, dans Dalloz, 33, 2, 138.

(2) « Là où il semblera ausdits gardes, en leur conscience et par le conseil de six ou huit des plus suffisans de la foire..., accordans à ce qu'il soit bien de le faire et d'aller avant sur le principal, sans icelles parties recevoir en droict ny en jugement interlocutoire : et si les parties en appellent par devers nous ou nostre cour, nous ne voulons que à ce obéissent les gardes d'icelles foires, mais voulons que ce nonobstant, ils facent les parties procéder sur ce au principal et aller avant en outre, tant afin, comme s'il n'en estoit ou fust onques appelé ny fait aucun pourchas. » (Article 25.)

Art. 425. lations d'incompétence qui pourraient être interjetées en fraude et sans préjudice d'icelle. » C'est enfin ce que disait encore l'article 13 du titre 12 de l'ordonnance de 1673 (1).

Toutefois, dans le cas où le juge, après avoir statué sur la compétence, renverrait les plaidoiries du fond à une autre audience, il faudrait, suivant moi, signifier à la partie le jugement qui rejette le déclinatoire. La règle de l'article 147 reprend alors son empire. La mise en demeure de plaider ne résulte plus de l'ajournement, mais de la signification du jugement par lequel le tribunal a déclaré retenir la cause (2).

Enfin la disposition de l'article 425, et le principe sur lequel elle est basée, conduisent à

(1) Il faut entendre toutes ces dispositions en ce sens que les juges ne devaient pas s'arrêter à une incompétence qu'ils jugeaient *mal fondée*, encore qu'il y eût appel de ce chef; mais non en ce sens qu'ils pussent passer outre sans juger le déclinatoire, car ils devaient au contraire prononcer même d'office leur incompétence lorsqu'ils la reconnaissaient. — V. ordonnance de 1673, tit. 12, art. 14.

(2) Le tribunal devra donc indiquer un délai suffisant pour que le jugement sur la compétence puisse être expédié et signifié, à moins que les parties ne soient d'accord pour plaider sans signification préalable.

décider que la partie qui propose une incompétence simplement relative ne la couvrirait pas en plaidant subsidiairement au fond : car elle n'est pas libre de s'abstenir, puisque, en refusant de conclure, elle s'exposerait à une condamnation par défaut.—Mais si le tribunal de commerce, après avoir rejeté le déclinatoire fondé sur une incompétence relative, avait renvoyé la plaidoirie de l'affaire à un autre jour, la partie, en plaidant au fond avant d'interjeter appel du jugement sur le déclinatoire, se rendrait non recevable à critiquer plus tard un jugement qu'elle aurait volontairement exécuté. Si au contraire l'appel était déjà interjeté, la partie, en plaidant au fond, ne préjudicierait pas à son appel, car l'exécution de sa part ne serait plus qu'un acte imposé à sa volonté par la disposition de la loi qui enlève à l'appel son effet suspensif.

ART. 425.

L'exception de nullité proposée devant les tribunaux de commerce est soumise aux règles tracées pour les tribunaux ordinaires. Elle doit être présentée avant toute défense ou exception autre que l'exception d'incompétence. On peut d'ailleurs plaider simultanément l'exception de nullité et le fond du procès.

Art. 175. L'exception dilatoire n'a pas non plus de règles particulières en matière commerciale.

La garantie peut être considérée sous un double point de vue. Elle influe sur les rapports du demandeur et du défendeur originaires comme exception dilatoire. Dans les rapports du garant et du garanti, c'est une action qui se joint à la demande introductive.

L'exception dilatoire qui a pour objet la mise en cause d'un garant est soumise aux règles prescrites par les articles 175 et suivants du code de procédure, dont il faut concilier les dispositions avec la brièveté des délais de la procédure commerciale. Ainsi, pour que l'exception de garantie suspende le jugement de la demande originaire, il faut que l'action contre le garant soit formée dans le délai de l'ajournement qui, en matière de commerce, n'est que d'un jour franc. Ce délai, pour assigner le garant, s'augmente d'un jour par trois myriamètres, eu égard à la distance qui sépare le domicile du garanti de celui du garant. Le jugement de la demande originaire sera suspendu jusqu'à l'expiration des délais de l'ajournement signifié au défendeur à la garantie. Si l'action en garantie était formée après les délais qui viennent d'être indiqués, le tribunal ne

devrait pas attendre la comparution du garant ART.
pour faire droit sur la demande originaire, à 175.
moins que le demandeur principal ne consentît au sursis.

Les demandes en payement de billets à ordre ou de lettres de change sont, devant les tribunaux de commerce, la source la plus féconde des actions en garantie (1). L'expérience a même prouvé que l'action en garantie dirigée contre le tiré par le tireur ou l'endosseur d'une lettre de change était souvent un moyen frauduleux de distraire un défendeur de ses juges naturels. Je ne reviendrai pas sur les explications déjà données à cet égard (2). Il suffit de constater que la jurisprudence est unanime aujourd'hui pour décider que celui qui n'a ni créé, ni accepté, ni endossé, ni cautionné une lettre de change, ne peut, sous le prétexte qu'il en doit le montant au tireur, être assigné en garantie pour le payement, devant le tribunal où l'ac-

(1) Dans plusieurs dispositions du code de commerce, relatives au payement des lettres de change, notamment dans l'article 164, le mot *garantie* est pris dans le sens d'une action introductive d'instance ; il est bien entendu que je ne m'occupe ici que d'une demande formée dans le cours d'une instance déjà pendante.

(2) V. tome 3, p. 404.

Art. 175. tion principale dirigée contre le tireur ou les endosseurs serait pendante (1).

J'appliquerais même cette solution au cas où la demande originaire serait soumise à un tribunal devant lequel l'appelé en garantie aurait pu être traduit si l'action en payement eût été contre lui directement formée. Ce ne serait pas une raison suffisante de recevoir la demande en garantie contre le tiré qui n'aurait pas accepté la traite. Sans doute il n'aurait pas alors à subir la juridiction de juges autres que ses juges naturels. Mais si la demande en garantie ne peut être dirigée contre le débiteur qui n'a pas signé la lettre de change, ce n'est pas par le motif qu'elle aurait pour résultat de le distraire de ses juges naturels; ce ne serait là, en effet, qu'une conséquence légale de son obligation de garant. Le véritable motif, c'est qu'il ne doit pas la garantie, parce que rien ne rattache sa dette au contrat de change dans lequel il n'a pas figuré; ce qui le prouve, c'est qu'on ne pourrait mettre à sa charge, par voie de garantie, les frais de protêt et d'enregistrement de la traite, le compte de retour et les dépens des parties principales. C'est par une action

(1) V. Dictionnaire d'A. Dalloz, v° *compétence commerciale*, n°s 344 et suiv.

introductive d'instance qu'il faudrait agir contre lui. On ne peut renfermer dans une instance unique que des demandes ayant une même origine ou présentant des rapports de connexité, ou dont l'une peut servir de défense contre l'autre.

Art. 175.

La garantie serait due par le tiré, même non acceptant, s'il avait autorisé son créancier à faire traite. Mais il ne faudrait pas cependant assimiler complétement cette hypothèse d'une acceptation promise et celle d'une acceptation exprimée sur la lettre de change. C'est l'apposition de la signature sur la lettre de change qui constitue l'acte commercial. De sorte que si le débiteur qui a mandé de faire traite n'était pas un commerçant, et si sa dette n'avait pas pour cause une opération de commerce, il serait sans doute obligé à la garantie résultant de son refus d'acceptation ; mais l'action en garantie, tant pour la somme principale que pour les condamnations accessoires, devrait être formée séparément devant les tribunaux civils, quoique le tireur auquel la garantie est due fût poursuivi lui-même devant le tribunal de commerce. La puissance d'attraction qui soumet la garantie à la juridiction du tribunal saisi de la demande originaire ne s'étend pas jusqu'à

Art. proroger la compétence à raison de la ma-
175. tière (1).—Que si la dette originaire était commerciale, le débiteur qui aurait autorisé à faire traite pourrait être appelé en garantie devant le tribunal de commerce, non comme obligé par le contrat de change dans lequel il n'a pas figuré, mais comme obligé, en vertu de l'autorisation par lui donnée, à supporter les conséquences du défaut de payement ; obligation qui, ayant pour origine un acte de commerce, a elle-même un caractère commercial.

On a vu quelles conditions devaient concourir pour que l'action en garantie fût recevable dans une instance ayant pour objet le payement d'une lettre de change. Ces conditions n'ont trait qu'aux rapports du garant et du garanti. Mais la garantie en matière de lettres de change ou de billets à ordre soulève une autre difficulté, lorsqu'on la considère comme exception dilatoire, c'est-à-dire dans les rapports qu'elle établirait entre les plaideurs originaires.

La garantie considérée comme exception dilatoire pourrait, en matière de lettres de change ou de billets à ordre, présenter de graves inconvénients au point de vue des in-

(1) V. tome 3, p. 402.

térêts du demandeur originaire. Les effets de commerce, jetés dans la circulation, passent avec une excessive rapidité d'une main dans une autre, et chaque transmission crée une obligation nouvelle, germe d'une action en garantie que peut exercer chaque porteur successif contre les endosseurs qui le précèdent. De là des retards prolongés qui seraient imposés à la demande principale. Aussi les tribunaux admettent-ils généralement que le demandeur originaire peut obtenir condamnation contre le signataire qu'il a mis en cause, sans être obligé d'attendre l'échéance des assignations en garantie, alors même qu'elles auraient été signifiées dans le délai légal (1).

Art. 175.

On se fonde, pour justifier cette solution, sur le texte des articles 157 et 187 du code de commerce : « Les juges ne peuvent accorder aucun délai *pour le payement* d'une lettre de change (ou d'un billet à ordre). » Mais cette disposition a seulement pour objet d'enlever aux juges la faculté que leur confère l'art. 1244

(1) Cette doctrine pourrait s'appuyer sur l'autorité de Rogue, en sa Jurisprudence consulaire, chap. 56, nº 2 : « On accorde délai pour appeler garant, ce qui n'a point lieu pour la reprise d'effets de commerce à ordre et négociés, selon les circonstances. »

Art. 175. du code civil; la prohibition se rapporte uniquement à l'exécution de la condamnation prononcée, pour laquelle il ne serait pas permis d'accorder un sursis au débiteur; elle ne peut évidemment s'appliquer aux délais de la procédure. — J'aimerais mieux, pour protéger le demandeur originaire contre le préjudice résultant des délais, chercher une raison spéciale dans la combinaison des articles 140 et 164 du code de commerce. Après avoir posé le principe de la solidarité entre tous les signataires d'une lettre de change, le législateur prend soin de dire que le porteur peut, à son choix, exercer l'action en payement ou *individuellement* contre le tireur et chacun des endosseurs, ou *collectivement* contre eux. On peut supposer que le législateur s'est préoccupé de l'inconvénient des délais auxquels eût été soumis le porteur, s'il eût été forcé de mettre en cause tous les signataires; et que c'est le motif pour lequel il a *expressément* consacré au profit du demandeur le droit d'agir par action séparée, quoique ce droit ne soit que la conséquence de la solidarité des débiteurs, aux termes de l'article 1203 du code civil. — Or, si telle a été sa pensée, ne peut-on pas dire que si le demandeur était obligé d'attendre les dé-

lais des actions en garantie, il perdrait l'avantage que lui confère le droit expressément consacré d'exercer l'action individuelle? Il pourra donc, s'il le requiert, obtenir immédiatement jugement; sauf à statuer plus tard sur les actions en garantie qui auraient été formées dans les délais légaux. Cette argumentation pourrait s'appuyer sur quelques-uns des motifs donnés par la cour de cassation à propos d'une question analogue (1).

ART. 175.

Lorsque le porteur exerce l'action collective contre tous les signataires, il arrive fréquemment que quelques-uns des endosseurs, profitent de la comparution des signataires qui les précèdent, pour formuler contre eux, par des conclusions prises sur la barre, leurs actions en garantie. Dans ce cas l'action en garantie n'exige aucun délai spécial. La forme seule pourrait être critiquée de la part des garants qui prétendraient qu'ils ont été mis en demeure de se défendre seulement contre la demande originaire et non contre les demandes en garantie; mais cette objection ne me semble pas fondée. Si un tiers peut intervenir dans une contestation pour prendre des conclusions

(1) V. arrêt de la cour de cassation du 27 juin 1810; Dalloz, tome 7, p. 627.

Art. 173. contre les parties en cause, pourquoi ce droit n'appartiendrait-il pas à l'une des parties vis-à-vis d'une autre partie qui figure avec elle dans une même instance ?

174. Les délais accordés au successible, à la veuve ou à la femme judiciairement séparée, pour faire inventaire et délibérer, suspendent le jugement du procès tant que la qualité d'héritier ou de femme commune en biens n'a pas été acceptée ou répudiée. C'est encore une exception dilatoire (1).

426. L'application à la procédure commerciale des principes qui régissent l'exception dilatoire dont se prévalent comme défendeurs l'héritier ou la femme, suppose évidemment qu'ils peuvent être assignés devant le tribunal de commerce, à raison d'obligations commerciales contractées par le défunt ou par le chef de la communauté conjugale. C'est en effet ce que porte l'article 426 : « Les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou par action nouvelle. »

Ce texte est la reproduction presque littérale

(1) V. code de procédure, article 174, et tome 3, chap. 14.

de l'article 16 du titre 12 de l'ordonnance de 1673 : « Les veuves et héritiers des marchands, négociants et autres, contre lesquels on pourrait se pourvoir par devant les juge et consuls, y seront assignés ou en reprise ou par nouvelle action. » Cette disposition de l'ordonnance, ainsi qu'on le va voir, n'était elle-même que le résultat d'une longue controverse et d'une lutte toujours renaissante entre les juges civils et les consuls.

ART. 426.

L'édit de création de la juridiction consulaire en la ville de Paris n'attribuait aux consuls que la connaissance des procès et différends qui seraient mus entre marchands pour fait de marchandises seulement, leurs veuves *marchandes publiques*, leurs facteurs, serviteurs, et commettants tous marchands (1). C'était l'application rigoureuse du principe que la compétence était plutôt *personnelle* que *réelle*; il fallait que la qualité de commerçant, qui déterminait la compétence, fût une qualité personnelle à la veuve ou à l'héritier assignés devant la juridiction commerciale en payement d'une dette de la succession ou de la communauté; car si l'obligation est transmis-

(1) Ordonnance de 1563, art. 3.

Art. 426. sible, il n'en est pas ainsi de la qualité des personnes.

Dans l'intérêt de la juridiction consulaire, on s'élevait contre ces conséquences du principe de la personnalité en matière de compétence commerciale. On objectait que la juridiction s'était trouvée déterminée dès qu'une obligation commerciale avait été contractée par le commerçant ayant pour représentant le successible ou la veuve commune en biens ;—que si le procès existait déjà au moment du décès de l'auteur, la compétence ne pouvait être modifiée, parce que ses ayants cause, s'ils n'avaient pas eux-mêmes la qualité personnelle de commerçants, succédaient au litige avec les conditions dans lesquelles il était engagé ; — qu'ils devaient être également soumis à la juridiction consulaire, alors même que l'action n'aurait pas été intentée contre leur auteur, parce qu'il ne s'agissait pas de déterminer les effets d'une obligation qui eût commencé en leur personne, mais d'exercer les droits résultant d'une obligation qui du moment où elle était née appartenait à la juridiction des consuls, à raison de sa nature et de la qualité personnelle de l'obligé. Des réclamations furent présentées en ce sens par les maîtres et gardes des mar-

chandises et les jurés des états et métiers de la ville de Paris, et le 20 juillet 1566, sur l'avis de Messieurs les avocats et procureurs généraux, ils obtinrent une déclaration du roi, portant : « Que les veuves, héritiers ou biens tenans d'aucun marchand qui se trouveront devoir à quelque marchand de Paris pour fait de marchandise, seront tenus, *nonobstant qu'ils ne soient marchands*, de comparoir en personne pardevant lesdits juge et consuls, ou par un marchand auquel ils passeront procuration pour souffrir condamnation, comme représentant le marchand qui devait, duquel ils posséderont les biens, *pourvu que la dette procède du fait de négociation et marchandise, et que ledit défunt fût actuellement marchand.* » On n'avait pas abandonné le principe que la compétence se détermine par la qualité de la personne; seulement cette qualité devait être examinée dans la personne du contractant, et non dans la personne du défendeur actuel.

Art. 426.

Malgré cette déclaration, les consuls ne purent se maintenir dans la paisible possession de la compétence qui leur était attribuée. Le parlement de Paris, dans deux arrêts, l'un du 20 avril 1573, l'autre du 25 mars 1574, s'attachant au texte de l'ordonnance de 1563, jugea

Art. 426. que la veuve et l'héritier ne devaient être appelés devant la juridiction des consuls que lorsqu'ils continuaient *le train et le trafic de marchandise* (1). Les auteurs approuvaient cette jurisprudence.

C'est au milieu de ce conflit que vint s'interposer l'ordonnance de 1673, dont l'autorité, mieux respectée, mit un terme à la controverse. Elle n'exigeait plus, comme l'édit de 1563, que les veuves et héritiers des marchands eussent eux-mêmes la qualité de marchands; elle permit de les assigner devant les consuls, du chef du débiteur par eux représenté, soit en reprise d'instance lorsque le procès était déjà pendant au moment du décès de celui-ci, soit par action nouvelle, c'est-à-dire par une demande introductive d'instance, lorsque le procès, à cette époque, n'était pas encore engagé. Les commentateurs de l'ordonnance se trouvèrent d'accord pour accepter cette doctrine, que les termes formels de la déclaration de 1566 n'avaient pu jusqu'alors imposer à la jurisprudence; et cette unanimité de leur part s'explique d'autant mieux que déjà la compé-

(1) Ces deux arrêts sont cités par Néron, sur l'ordonnance de 1563, art. 3, et par les commentateurs de l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 16.

tence des consuls tendait à se transformer en Art.
perdant peu à peu son caractère exclusif de 426.
personnalité (1).

A plus forte raison faut-il admettre aujourd'hui cette interprétation, puisque la compétence commerciale se détermine par le caractère de l'acte, indépendamment de la qualité des contractants; de sorte que la qualité de commerçant n'est même plus exigée en la personne du débiteur primitif, pour attribuer au tribunal de commerce la contestation relative à une transaction commerciale (2).

On tenait autrefois que les condamnations prononcées par les consuls contre la veuve ou les héritiers d'un débiteur ne pouvaient être exécutées que sur les biens. Un règlement des consuls de Paris, du 3 janvier 1613, faisait défense au greffier « de signer aucune sentence contre des veuves ou héritiers d'un débiteur où il y ait contrainte par corps (3). » Un texte

(1) V. l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 2, et les notes de Jousse sur cet article.

(2) Quant au tribunal de commerce devant lequel doivent être assignés la femme ou les héritiers, il faut se reporter aux principes que j'ai établis ci-dessus, p. 217.

(3) L'art. 12 de l'ordonnance de 1563 contenait un principe analogue; il disait que les exécutions commencées

Art. 426. formel a consacré cette doctrine; la loi du 17 avril 1832, tit. 1, art. 2, porte : « Ne sont point soumis à la contrainte par corps, en matière de commerce, les veuves et héritiers des justiciables des tribunaux de commerce assignés devant ces tribunaux en reprise d'instance ou par action nouvelle, en raison de leur qualité. »

L'héritier pur et simple, l'héritier bénéficiaire, le successeur irrégulier, le légataire universel ou à titre universel, qui sont tenus du payement des dettes, les uns comme continuateurs de la personne, les autres comme détenteurs de la totalité ou d'une quote-part des biens héréditaires, devront donc procéder devant la juridiction commerciale à laquelle eût été soumis le défunt. Le curateur à la succession vacante, comme représentant l'hérédité, subit l'application de cette règle.

Quant au légataire particulier, il peut bien être tenu d'une dette du défunt, si le payement lui en était imposé comme charge de son legs; mais, la dette fût-elle commerciale, il ne serait pas soumis à la juridiction du tribunal de commerce, parce que, n'ayant pas une

contre les condamnés seraient parachevées contre leurs héritiers et *sur les biens seulement*.

quote-part de l'hérédité, il n'est pas obligé ART. comme représentant du défunt, mais seule- 126. ment en vertu de son obligation personnelle. En acceptant le legs avec la charge imposée, il s'oblige plutôt envers la succession qu'envers le créancier du défunt; si bien qu'en s'attaquant au légataire le créancier exerce moins une action qui lui appartienne directement, que l'action appartenant aux héritiers ses débiteurs, lesquels restent toujours obligés principalement à son égard. Dans cette hypothèse, le créancier, s'il s'adresse aux héritiers, devra donc les assigner devant le tribunal de commerce; s'il s'adresse au légataire, il devra le traduire devant la juridiction civile.

C'est la même solution qu'on devra suivre dans le cas de cession, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, consentie par un héritier de tout ou partie de ses droits héréditaires. Le cessionnaire ne peut être traduit devant le tribunal de commerce pour le payement d'une dette commerciale à la charge de la succession. La qualité de représentant du défunt reste sur la tête de l'héritier cédant, et ne peut être par lui transmise. L'obligation qui, pour le cessionnaire, résulte du transport, est celle de garantir le cédant des poursuites dirigées contre lui.

Art. 426. Mais cette obligation n'a pas pour cause un acte de commerce : elle naît d'un contrat essentiellement civil. Le créancier peut sans doute s'adresser directement au cessionnaire; il exerce alors le droit de son débiteur principal, l'héritier, et ne peut l'exercer devant une autre juridiction que celle où l'action en garantie formée par l'héritier devrait être portée, s'il avait payé de ses deniers la dette héréditaire. Le cédant reste donc soumis à la juridiction commerciale; le cessionnaire ne relève que de la juridiction civile.

On appliquera la même solution à des hypothèses analogues, par exemple dans le cas d'une donation de biens présents avec charge d'acquitter des dettes commerciales du donateur.

En ce qui concerne la femme commune en biens, il semble moins facile de justifier la règle de l'article 426. Supposez, en effet, que la dette du mari, ayant pour objet une opération de son commerce, soit constatée par un simple billet non négociable, et que la femme, pendant l'existence de la communauté, se soit engagée conjointement avec son mari sans que la solidarité ait été stipulée. Dans ce cas il faudrait décider que cette obligation de la femme

échappe à la compétence commerciale (1). La dette se divise non-seulement quant à son chiffre, mais quant à sa nature. L'obligation du mari sera commerciale, celle de la femme purement civile (2). Alors on se demande com- ART. 426.

(1) Un arrêt de la cour royale de Paris, du 25 novembre 1843, a même jugé que la femme *caution solidaire* d'une obligation commerciale du mari ne pouvait être poursuivie devant le tribunal de commerce sans que son mari figurât comme débiteur principal dans la cause. V. Répertoire de Dalloz, 2e édition, v° *Acte de commerce*, n° 397.

(2) Il en serait autrement si, pendant la communauté, la femme avait contracté des dettes pour le commerce que son mari l'aurait autorisée à faire. Dans ce cas elle serait justiciable du tribunal de commerce, à raison du rôle actif qui lui appartient. Son mari, comme chef de la communauté, serait soumis à la même juridiction, car c'est la communauté qui doit en définitive profiter des gains et supporter les pertes. Seulement c'est une grave difficulté que de savoir si le mari sera, dans ce cas, contraignable par corps. Malgré les autorités imposantes qui soutiennent l'opinion contraire, je pencherais pour décider que la contrainte par corps peut être prononcée contre le mari, sauf l'application de l'art. 21 de la loi du 17 avril 1832. N'est-il pas en réalité un associé solidaire, et même le débiteur principal comme représentant la communauté? La femme n'est qu'un agent de spéculations communes. V. toutefois Zachariæ et les autorités qu'il cite, tome 3, page 447, note 3.

Art. 426. ment l'acceptation de la communauté peut soumettre la femme à la juridiction exceptionnelle du tribunal de commerce; comment cette acceptation, qui l'oblige *ex post facto* vis-à-vis des créanciers du mari, peut entraîner des conséquences que son obligation personnelle, si elle se fût jointe à l'obligation commerciale du mari, eût été impuissante à produire?

C'est que la femme qui s'oblige conjointement avec le mari, et qui plus tard répudie la communauté, reste obligée seulement de son chef. L'obligation qu'elle a contractée doit être examinée uniquement en sa personne, et l'empreinte commerciale manque à l'obligation, si l'on considère, soit la qualité de la femme qui s'engage, soit la nature de sa promesse. Mais lorsque la femme est obligée comme ayant accepté la communauté, ce n'est plus relativement à sa personne que l'obligation doit être appréciée. Le véritable débiteur, c'est l'être juridique, c'est la communauté. Dissoute, la femme lui succède en acceptant, avec sa part dans l'actif, sa part des obligations communes. La dette a commencé d'exister avec un caractère commercial; c'est cette dette qui passe sur la tête de la femme avec la même nature attributive de juridiction. — Les héritiers de la

femme prédécédée seraient, en cas d'acceptation de la communauté, soumis à l'application du même principe. Art. 426.

Les héritiers du mari, ou le mari survivant, qui payeraient la totalité d'une dette commerciale à la charge de la communauté, devraient agir devant le tribunal de commerce contre la femme ou les héritiers de la femme prédécédée, en répétition de la part contributive de ceux-ci dans l'obligation commune. Tenus pour la totalité vis-à-vis des créanciers, le mari ou ses représentants se trouvent, par l'effet d'une subrogation légale, mis à la place du créancier payé (1). Il y a mutation dans la personne du créancier, mais non dans la nature de la créance.

Une femme a contracté avant son mariage une dette commerciale ayant date certaine. Le mari, comme chef de la communauté, sera-t-il, pour le payement de cette dette, justiciable du tribunal de commerce? — Non; car les époux, en contractant mariage, cèdent à la communauté l'universalité des droits mobiliers qui leur appartiennent à cette époque. C'est donc comme cessionnaire du mobilier que la communauté est tenue des dettes mobilières

(1) Code civil, art. 1251 et 1484.

ART. 426. qui en sont une charge; alors il faut raisonner comme dans le cas d'une cession de droits héréditaires. La femme reste obligée ; elle est seule soumise à la juridiction du tribunal de commerce et à la contrainte par corps. La communauté n'est pas tenue, vis-à-vis du créancier, en vertu de l'obligation commerciale, mais en vertu des conventions matrimoniales. Elle ne succède pas à l'obligation de la femme ; elle doit seulement garantir celle-ci contre les poursuites du créancier. C'est donc au tribunal civil que doit être portée, dans ce cas, l'action dirigée par le créancier contre le mari, chef de la communauté ; il ne pourrait être assigné devant le tribunal de commerce que pour autoriser sa femme. — De même si la femme avait payé la totalité de la dette sur ses biens personnels, c'est devant le tribunal civil qu'elle devrait exercer son recours contre les héritiers du mari.

Enfin, et par application du même principe, si la dette commerciale antérieure au mariage avait été contractée par le mari, c'est lui, mais non la communauté, qui serait obligé commercialement. De sorte que la femme, acceptant la communauté, ne pourrait être poursuivie pour sa part dans la dette que devant les tribu-

naux civils. Le mari ou ses héritiers seraient soumis pour la totalité de la dette à la juridiction commerciale. Art. 426.

Dans toutes les hypothèses que j'ai successivement examinées, il importe peu que la communauté soit dissoute par la mort du mari ou par la mort de la femme, par la séparation de corps ou la séparation de biens. L'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers produira, dans tous les cas, les mêmes effets. Il est vrai que le législateur n'a parlé que de la veuve et non de la femme séparée. En ce point, il a copié littéralement le texte de l'ordonnance. Peut-être cette restriction des anciens textes s'expliquerait-elle par un doute autrefois existant sur le point de savoir si une femme, après avoir obtenu sa séparation de biens, pouvait accepter la communauté et en demander le partage. Pothier nous apprend que c'était une question, et que, pour détruire le préjugé contraire, le Châtelet de Paris, par un acte de notoriété du 27 juillet 1707, reconnut expressément à la femme séparée la faculté d'accepter (1). Ce point ne saurait être aujourd'hui l'objet d'un doute, puisque l'article 174 du code de procédure accorde à la femme sé-

(1) V. Pothier, Traité de la communauté, n° 520.

Art. 426. parée judiciairement certains délais pour faire inventaire et délibérer.

En disant que les représentants d'un justiciable du tribunal de commerce y seront assignés en *reprise* ou par action nouvelle, le texte nous amène naturellement à l'examen des règles de la reprise d'instance en matière commerciale (1).

Qu'on ne perde pas de vue l'exclusion du ministère des avoués devant les tribunaux de commerce. La partie peut plaider elle-même, et la loi ne reconnaît, devant cette juridiction, d'autre représentant de la partie que son fondé de pouvoir spécial. Ce sont les règles ordinaires du mandat conventionnel qu'il faut exclusivement consulter pour déterminer les rapports du mandant vis-à-vis le mandataire, ou du mandataire vis-à-vis les tiers.

Une partie qui figure dans une instance commerciale meurt sans avoir constitué de mandataire. Son adversaire obtient un jugement par défaut. Ce jugement sera-t-il valable, sera-t-il nul; y avait-il nécessité de reprendre l'instance? En matière civile c'est la connaissance légale de la mort, constatée par la noti-

(1) V. tome 3, chap. 23.

fication de l'acte de décès, qui impose l'obligation de suspendre les procédures à peine de nullité (1). Mais il est difficile de concilier avec la procédure commerciale cette formalité de la notification. Il n'y a pas là d'officier ministériel qui puisse arrêter, par l'accomplissement des formes imposées, la marche si rapide de l'instance ; ou qui, le décès n'étant pas notifié, puisse protéger encore les intérêts des héritiers de la partie décédée. Si la procédure poursuit son cours devant le tribunal de commerce, qui notifiera le décès ? qui protégera les intérêts des héritiers ? Il faut donc substituer à une règle de droit une appréciation des faits. La partie a-t-elle ignoré le décès de son adversaire ? il faudra légitimer en faveur de sa bonne foi les poursuites qu'elle a faites, et considérer comme valable le jugement obtenu, sauf les voies ordinaires qui seront ouvertes aux héritiers pour le faire rétracter ou réformer. A-t-elle eu connaissance du décès ? le jugement obtenu sera frappé de nullité, comme si le décès avait été notifié ; c'était le cas de reprendre l'instance contre le représentant du décédé (2).—Cette appréciation de la connais-

ART. 426.

(1) V. art. 344, et tome 5, page 485.

(2) Cette nullité sera demandée par voie d'opposition,

ART. 426. sance réelle substituée à la connaissance légale est d'ailleurs en harmonie avec les principes de la juridiction commerciale, devant laquelle les fictions de droit cèdent presque toujours *à la vérité du fait.*

Si la partie décédée avant le jugement du procès était représentée par un mandataire, le mandat se trouverait éteint (1). Mais si le mandataire ignorait lui-même le décès du mandant, les poursuites et le jugement seraient valables (2). Si le mandataire connaissait le décès, il aurait agi sans pouvoir; néanmoins, dans ce cas, le jugement obtenu par l'autre partie sera valable, pourvu qu'elle ait elle-même ignoré le décès de son adversaire; mais ce jugement devrait être réputé par défaut et soumis à l'opposition des héritiers, parce que leurs intérêts n'auraient pas eu de représentant dans l'instance.

Enfin le décès du mandataire ne peut jamais être une cause d'interruption de l'instance. Seulement, si la partie ne se trouvait pas sur les lieux, les héritiers du mandataire devraient

d'appel ou de requête civile, suivant les circonstances; voyez tome 5, page 197.

(1) Code civil, art. 2003.

(2) Code civil, art. 2008.

lui donner avis du décès de celui-ci, et pour- ART.
voir, en attendant, à ce qu'exigent les circon- 426.
stances dans l'intérêt du mandant (1); c'est-à-dire qu'ils devraient demander au tribunal une remise de la cause, ce qu'il ne faut pas confondre avec l'interruption qui donne lieu à la reprise d'instance (2).

Un dernier mot sur la forme de la reprise. Elle peut être volontaire ou forcée. Volontaire, lorsque les représentants de la partie décédée comparaissent devant le tribunal pour procéder sur les derniers errements; forcée, lorsque les représentants sont appelés par voie d'ajournement dans l'instance interrompue par le décès de leur auteur.

Les parties assignées en reprise refusent-elles de comparaître, un même jugement tiendra l'instance pour reprise et statuera sur le fond. Ici l'on n'appliquera pas la disposition de l'article 349. J'ai déjà contesté l'utilité de cette règle obligeant les juges ordinaires à rendre un premier jugement qui tienne l'instance pour reprise avant de passer outre au jugement du fond. Cette règle, avec la faculté

(1) Code civil, art. 2010.

(2) On appliquera d'ailleurs aux instances commerciales la disposition de l'art. 345. V. tome 5, page 198.

Art. 426. d'opposition réservée aux défaillants, serait véritablement désastreuse, appliquée aux instances commerciales. L'ancienne pratique, si prodigue de complications, ne l'eût certes pas admise devant les tribunaux consulaires. On a vu, en effet, que la disposition de l'art. 349, empruntée à l'ancienne jurisprudence, reposait sur la séparation autrefois observée entre la constatation du défaut et le profit du défaut (1). Mais cette séparation n'existait pas dans la procédure commerciale, car l'ordonnance permettait de constater le défaut et d'en adjuger le profit par une même décision.

Si les parties assignées en reprise comparaissent, la procédure suit son cours. Mais il peut se faire qu'elles ne se présentent que pour contester la qualité en laquelle on les assigne. La même contestation peut être soulevée de la part d'un défendeur assigné par action introductive d'instance en une qualité qu'il refuse d'accepter. Lorsque ces incidents surgissent dans une instance commerciale, c'est le cas d'appliquer des règles présentant une haute importance, parce qu'elles touchent à la limite

(1) V. tome 5, page 241.

qui sépare la juridiction exceptionnelle et la justice ordinaire. ART. 426.

Il est probable qu'avant l'ordonnance de 1673, lorsque devant la juridiction consulaire un incident s'élevait sur la qualité des personnes, les tribunaux civils ne manquaient pas d'évoquer la cause pour statuer non-seulement sur la qualité contestée, mais encore sur le fond du procès. D'un autre côté, les consuls prétendaient sans doute maintenir leur juridiction en vertu de l'axiome que le juge compétent pour la cause principale peut statuer sur l'incident que soulève une question accessoire en dehors de sa compétence (1). L'histoire des rivalités judiciaires ne rend que trop vraisemblables de pareils conflits. Quoi qu'il en soit, l'ordonnance de 1673, titre 12, article 16, par une disposition que Toubeau qualifie *de particularité assez singulière* (2), attribua sa part de compétence à chacune des deux juridictions dans les termes que voici : « En cas que la qualité, ou de commune, ou d'héritier pur et simple, ou par bénéfice d'inventaire, soit contestée, ou qu'il s'a-

(1) V. Arrêt cité par Dufresne, Journal des audiences, livre 2, chap 45, et Bornier sur l'art. 9 du titre 12, ordonnance de 1675.

(2) Institutes du droit consulaire, liv. 1, chap. 16.

ART. 426. gisse de douaire ou de legs universel (1) ou particulier, les parties seront renvoyées par devant les juges ordinaires pour les régler : et après le jugement de la qualité, douaire ou legs, elles seront renvoyées par devant les juges et consuls. » A ce texte il faut joindre la disposition de l'article 9, portant que les consuls « connaîtront de l'exécution *de nos lettres* lorsqu'elles seront incidentes aux affaires de leur compétence, pourvu qu'il ne s'agisse pas de l'état ou qualité des personnes. »

Ces textes devaient recevoir leur application, non-seulement lorsque le défendeur repoussait la qualité qui lui était attribuée, mais encore lorsqu'il y avait contestation sur la qualité du demandeur. C'est ce qui explique pourquoi l'article 16 parle d'une contestation sur la qualité de légataire particulier; car le légataire particulier ne pouvant pas être assigné en cette qualité du chef du défunt, la prévision de l'ordonnance s'applique uniquement à l'hypothèse où le légataire particulier d'une créance déterminée sur un tiers voudrait reprendre, *comme demandeur*, l'instance commerciale in-

(1) L'ordonnance ne parle pas du légataire à titre universel, parce que, sous l'ancienne jurisprudence, son droit se confondait avec celui du légataire universel.

tentée par le défunt (1), ou introduire une action en payement de la créance léguée. Dans ce cas, si la qualité du légataire était contestée par le défendeur, il devait se pourvoir devant les juges ordinaires pour obtenir des héritiers l'entérinement de son legs. ART. 426.

L'article 426 du code de procédure, quoique moins large dans ses termes, doit recevoir la même extension interprétative. Après avoir parlé des veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce qui peuvent y être assignés par reprise ou par action nouvelle, la loi ajoute : « Sauf, si les qualités sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y être réglés, et ensuite être jugés sur le fond au tribunal de commerce. »

Il résulte de ce texte que tout incident qui s'élève sur la qualité d'héritier ou de femme commune doit être renvoyé devant les tribunaux ordinaires. J'appliquerais même cette disposition dans l'hypothèse prévue par l'art. 798 du code civil, qui porte qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, l'héritier, en cas de poursuite dirigée contre lui, peut demander un nouveau délai que le tribunal, *saisi de la contestation*, accorde ou

(1) V. tome 5, page 225.

ART. 426. refuse suivant les circonstances. Je ne pense pas que le tribunal de commerce, *quoique saisi de la contestation*, puisse statuer sur la demande d'un nouveau délai pour faire inventaire et délibérer, parce que sa décision sur ce point aurait pour effet d'attribuer la qualité d'héritier ou de déclarer qu'elle n'est pas définitivement acquise. D'ailleurs le refus des délais ou leur prorogation suppose un examen préalable portant sur le point de savoir si le successible n'a pas déjà fait acte d'héritier. Cet examen est en dehors de la compétence commerciale.

Mais les incidents qui s'élèvent sur la qualité d'héritier ou de femme commune ne sont pas les seuls qui échappent à la juridiction des tribunaux de commerce. La disposition déjà citée de l'ordonnance de 1673 contient une énumération qui doit servir à commenter le code. Toutefois, en cette matière, il y a des distinctions à faire, des nuances à indiquer; car ce serait une erreur de croire qu'un tribunal de commerce ne puisse, dans aucune hypothèse, apprécier la qualité attribuée aux parties.

En principe il faut distinguer ce que j'appellerai la qualité juridique et la qualité profes-

sionnelle : c'est-à-dire la qualité qui influe sur l'*existence* de la créance ou de l'obligation, et la qualité qui n'influe que sur *sa nature*. La qualité juridique, qui s'attache à la personne plutôt qu'aux actes, est la seule dont l'appréciation échappe à la compétence commerciale. Art. 126.

Ainsi les contestations qui s'élèvent sur la qualité de commerçant (1) seront jugées par le tribunal de commerce saisi de la demande (2). Dans ce cas la contestation tend uniquement à modifier le caractère de l'obligation et à lui enlever la nature commerciale que ferait présumer la qualité attribuée au défendeur. On décidera donc que le tribunal de commerce est compétent pour examiner si la femme mariée assignée en payement d'une dette commerciale était ou non autorisée par son mari à faire des actes de commerce. Il serait également compétent pour décider si les formalités imposées

(1) Bien que la qualité de commerçant ne soit pas décisive pour déterminer la compétence, cependant elle a de l'importance pour faire présumer la *nature commerciale* de l'acte. V. les articles 631, 632 et 638 du code de commerce.

(2) Le tribunal de commerce serait également compétent pour statuer sur la qualité de commissionnaire, de mandataire, etc., lorsque ces qualités se rattachent à une contestation commerciale.

Art. 426. au mineur émancipé âgé de dix-huit ans accomplis, pour faire valablement le commerce, ont été observées conformément à la loi (1). Dans ces deux hypothèses, il s'agit uniquement de déterminer la profession du débiteur, la qualité des actes plutôt que la qualité de la personne.

Mais si la contestation portait sur la qualité de femme mariée ; sur la qualité de mineur ou de majeur, de mineur émancipé ou non émancipé ; sur la majorité de dix-huit ans exigée pour que le mineur émancipé soit apte à recevoir les autorisations nécessaires à l'exercice du commerce, ce serait alors sur la qualité juridique de la personne que porterait le débat, et le tribunal de commerce devrait surseoir jusqu'à décision rendue sur l'incident par la juridiction civile.

On comprend d'ailleurs que le tribunal de commerce ne devrait surseoir qu'autant que la contestation présenterait l'apparence d'une difficulté sérieuse ; que si, par exemple, l'acte de mariage était représenté, si l'acte de naissance ou d'émancipation était produit, le tribunal passerait outre, à moins que la partie qui conteste la qualité à elle attribuée ne déclarât qu'elle entend arguer de faux la pièce

(1) Code de commerce, art. 2.

produite, ou ne précisât des faits et ne signalât des irrégularités assez graves pour faire supposer un intérêt légitime à sa contestation. ART. 426.

Remarquez enfin que, lorsque les qualités sont reconnues ou judiciairement constatées par le tribunal civil, c'est au tribunal de commerce à tirer les conséquences légales qui peuvent résulter de l'incapacité qu'entraîne la qualité des parties.

Il est une autre espèce d'incidents dont ne peut jamais connaître le tribunal de commerce : ce sont les contestations relatives à la sincérité des écritures : « Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges qui doivent en connaître, et il sera sursis au jugement de la demande principale. — Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs. » 427.

L'ordonnance ne contenait aucune disposition qui imposât aux consuls la nécessité de renvoyer aux juges ordinaires de semblables incidents. Mais une déclaration du 15 mai 1703 décida que lorsque les défendeurs dénie-

Art. 427. raient leur signature, les juges-consuls seraient tenus de renvoyer les parties devant la juridiction civile pour y procéder à la vérification et reconnaissance. A plus forte raison devait-il en être ainsi lorsqu'au lieu d'une simple dénégation, il y avait déclaration que la partie entendait s'inscrire en faux contre la pièce.

En se reportant aux rédactions successives qui furent proposées avant l'adoption du texte définitif, on voit que la commission attribuait aux tribunaux de commerce, dans les affaires de leur compétence, la vérification des écritures contestées, jusqu'à l'inscription de faux exclusivement (1). Il est fâcheux que cette disposition, réclamée par un certain nombre de tribunaux de commerce, n'ait pas été conservée. On conçoit que la procédure en inscription de faux, exigeant des formes solennelles et l'intervention du ministère public, ne puisse être portée que devant les tribunaux ordinaires. La vérification d'écritures ne présente pas au même degré ce caractère de gravité qui jette sur la procédure du faux incident civil une teinte de criminalité. Pourquoi les juges de commerce ne pourraient-ils apprécier

(1) Locré, Esprit du code de procédure, tome 2, p. 146.

le résultat d'une expertise en écritures comme ils apprécient en toute autre matière les conséquences de l'avis des experts? Pourquoi n'auraient-ils pas aussi bien que les juges du tribunal civil le droit de prononcer sans expertise préalable sur la sincérité de l'écriture déniée ou méconnue, lorsqu'ils trouvent dans la cause des éléments suffisants pour former leur conviction (1)? Cependant le texte est formel, et, quels que soient les inconvénients d'un sursis à l'aide duquel un débiteur de mauvaise foi peut se ménager des délais, il faut se soumettre à la règle, en faisant des vœux pour qu'elle soit modifiée. ART. 427.

Toutefois les juges de commerce ne devraient pas s'arrêter devant la méconnaissance ou la dénégation d'une écriture ayant foi probante jusqu'à inscription de faux, non plus qu'à la simple méconnaissance d'une écriture attribuée à la partie et dont la vérification ne devrait avoir lieu que dans le cas de dénégation formelle (2). On conçoit enfin que, si la contestation pouvait être jugée indépendamment de

(1) V. tome 3, p. 485.

(2) Le défendeur *dénie* l'écriture à lui attribuée; il peut se contenter de *méconnaître* l'écriture attribuée à un tiers. Code de proc., art. 195.

ART. 427. la pièce déniée, méconnue ou arguée de faux, le tribunal devrait statuer au fond sans ordonner le sursis (1); mais, en dehors de ces hypothèses, les juges commerciaux n'auraient pas le droit de passer outre sous prétexte que la contestation n'aurait d'autre objet que d'éluder le payement de l'obligation. Juger ainsi, c'est juger la sincérité des écritures, c'est faire ce que la loi défend.

Au surplus il n'est pas nécessaire, pour que les juges soient tenus de surseoir, qu'il y ait inscription de faux *déjà formée* contre la pièce dont l'authenticité ne pourrait tomber que par le résultat de cette procédure. Il suffit que la pièce soit *arguée de faux*, c'est-à-dire qu'il y ait déclaration faite par la partie ou par son mandataire que dans le cas où l'adversaire persisterait à se servir de la pièce, on entend s'inscrire en faux. Le tribunal donne acte de cette déclaration et renvoie l'incident devant les juges civils. C'est au greffe du tribunal civil que l'inscription de faux doit être formée, après que l'instance sur l'incident a été introduite par voie d'ajournement et avec constitution d'avoué devant les juges qui doivent en connaître.

(1) Ceci doit s'appliquer également aux contestations relatives à la qualité des parties.

— Ces juges seront, dans tous les cas, ceux du tribunal civil dans l'arrondissement duquel est situé le tribunal de commerce saisi de la demande originaire. La compétence territoriale, fixée par l'action principale, détermine naturellement l'attribution de juridiction pour la demande accessoire qui en dépend (1). ART. 427.

Cette nécessité de surseoir, dans les cas prévus par les articles 426 et 427, est imposée même aux tribunaux civils jugeant en matière commerciale dans les arrondissements qui n'ont pas de tribunal de commerce. Cette solution est la conséquence des articles 640 et 641 du code de commerce (2). — Mais si quelque incident relatif à la qualité des parties ou à la sincérité des écritures se présentait devant une cour royale jugeant un appel du tribunal de commerce, la cour, juridiction ordinaire et jamais exceptionnelle quelle que soit la matière du litige, serait également compétente pour statuer sur l'incident et sur le fond du procès.

Telles sont les applications légales des ar-

(1) Cette solution sur la compétence s'applique au cas de renvoi devant le tribunal civil pour statuer sur la qualité contestée.

(2) V. *suprà*, p. 232.

Art. 427. ticles 426 et 427; mais il ne faut pas les étendre à d'autres hypothèses qui pourraient présenter l'apparence d'une analogie que la réflexion fait bientôt disparaître.

Ainsi l'on ne devrait pas assimiler à l'hypothèse où la pièce est arguée de faux, la défense qui consisterait à soutenir que l'obligation est entachée de quelques vices du consentement, comme si elle avait été consentie par erreur, extorquée par la violence ou surprise par le dol. Le tribunal de commerce saisi de la demande principale serait compétent pour statuer sur ces moyens de défense. Ces hypothèses étaient celles qui rendaient nécessaire, dans notre ancienne jurisprudence, l'obtention des lettres de rescision; et c'est en vue de semblables contestations que l'ordonnance de 1673 avait dit : « Les consuls connaîtront de l'exécution de nos lettres, *lorsqu'elles sont incidentes aux affaires de leur compétence*, pourvu qu'il ne s'agisse pas de l'état ou qualité des personnes. »

Qu'on remarque en effet que si la loi attribue aux juges ordinaires la vérification d'écritures et l'incident de faux, c'est pour qu'ils procèdent uniquement à l'opération matérielle qui doit démontrer la sincérité ou la fausseté

des écritures. Cet incident, aussi bien que celui qui s'élève relativement à la qualité des parties, domine sans doute la question principale du procès, mais il ne se confond pas avec elle. Le jugement rendu par le tribunal ordinaire n'est pour les juges de commerce qu'un élément de décision qu'ils sont obligés d'accepter, mais dont ils ont encore le droit d'apprécier l'influence sur la contestation originaire. Aussi restent-ils toujours saisis du fond, et c'est un simple sursis qu'ils prononcent. — S'agit-il au contraire des vices de l'obligation, il est impossible de séparer l'examen des moyens de défense et l'appréciation de la demande. Toute action en payement d'une obligation renferme implicitement cette question : l'obligé a-t-il donné un consentement valable? de sorte que le jugement qui reconnaîtrait que l'erreur, la violence ou le dol ont vicié le consentement, déclarerait par cela même l'anéantissement de l'obligation et ne laisserait plus rien à juger au tribunal originairement saisi. Si l'appréciation de ces vices du consentement n'appartenait pas aux juges de commerce, ce ne serait donc pas un simple sursis qu'ils auraient à prononcer, mais le renvoi du fond devant les juges ordinaires. Ce serait une incompétence

Art. 427.

Art. 427. absolue que le défendeur pourrait créer à son gré suivant la direction qu'il donnerait à sa défense ; il est inutile d'insister sur les abus qui naîtraient d'une semblable théorie (1).

Le tribunal de commerce serait compétent pour statuer sur la validité de l'obligation commerciale attaquée pour cause de dol ou de violence, alors même que les faits allégués seraient assez graves pour constituer un crime ou un délit. Seulement il devrait surseoir au jugement dans le cas où l'action publique serait intentée pendant le cours de l'instance (2). C'est la conséquence du principe que l'action publique est préjudicielle à l'action privée ; principe qui doit s'appliquer, quelle que soit la juridiction saisie des intérêts privés ; que les faits donnant lieu à l'action publique soient la cause de la demande ou la justification de la défense devant le tribunal saisi des intérêts privés.

Enfin on doit se garder d'assimiler aux incidents relatifs à la sincérité des écritures les

(1) La compétence du juge de paix peut disparaître en certains cas devant les moyens du fond présentés par la défense, mais la loi a pris soin de préciser ces cas. V. tome. 5, p. 95, à la note.

(2) Code d'instruction criminelle, art. 3.

contestations qui s'élèvent sur la validité ex- Art.
trinsèque de l'acte. Il s'agit, dans ce cas, non 427.
d'une opération matérielle exigeant une procédure spéciale, mais d'une application des dispositions légales qui régissent la forme des actes considérés comme preuve des obligations. Peu importe qu'il s'agisse de la forme d'un acte authentique constatant une obligation commerciale, ou d'un acte sous signature privée que la loi aurait soumis à certaines conditions de forme (1). Ce sera le cas d'appliquer l'ancienne maxime : Le juge de l'action est le juge de l'exception.

Le tribunal de commerce peut employer les mêmes modes de preuve que ceux admis devant les juges ordinaires.

En première ligne il faut placer la comparution personnelle des parties. Le tribunal 428.
peut l'ordonner même d'office.

Le droit d'ordonner la comparution personnelle a longtemps été comme un privilége de la juridiction consulaire (2). Repoussée des tribunaux ordinaires, elle était

(1) Par exemple, la lettre de change, le billet à ordre, etc.

(2) V. tome 2, p. 466.

Art. 428. pour ainsi dire de droit commun devant les consuls; et les ordonnances ne permettaient qu'à regret aux parties de s'y faire représenter par des mandataires (1). Cette différence tenait à la nature particulière de la compétence *personnelle*. L'organisation de la juridiction commerciale reposait principalement sur cette idée si souvent reproduite : qu'il ne faut pas d'intermédiaire entre *le commerçant* qui plaide et *le commerçant* qui juge; idée juste autrefois, mais dont l'application est aujourd'hui moins exacte depuis que la compétence commerciale a été modifiée.

La comparution personnelle devant les tribunaux de commerce est organisée d'une manière toute spéciale. Lorsqu'il s'agit des tribunaux ordinaires, le législateur moderne l'admet en principe, mais comme moyen secondaire, sans prévoir les difficultés d'y recourir, sans indiquer la marche pour les vaincre. On voit que sa prédilection l'entraîne vers la forme vieillie de l'interrogatoire sur faits et articles. — A-t-il à régler au contraire la comparution personnelle devant les tribunaux de commerce, sa prévoyance s'étend à

(1) V. l'ordonnance de 1563, art. 4; de 1667, tit. 16, art. 2.

toutes les hypothèses : les parties seront enten- Art.
dues à l'audience lorsque de simples déclarations 428.
suffiront pour éclairer le juge ; à la chambre du conseil, lorsqu'il sera nécessaire de rapprocher leurs explications des articles d'un compte, ou de vérifier en leur présence les énonciations de leurs livres de commerce que les juges ont toujours le droit de se faire représenter (1); les parties se trouvent-elles dans un cas d'empêchement légitime (2)? le tribunal pourra commettre un des juges ou même un juge de paix pour recevoir leurs déclarations. On voit que le législateur donne à la comparution personnelle une importance plus grande ; qu'il l'organise comme une procédure d'un usage fréquent, parce qu'elle répond à des intérêts de chaque jour; tandis qu'il garde un silence complet en ce qui concerne l'interrogatoire sur faits et articles.

C'est que la simplicité de la procédure com-

(1) Code de commerce, art. 15.

(2) L'éloignement, la maladie seraient des empêchements légitimes. V. Locré, Esprit du code de procédure, tome 2, p. 453. On trouve dans Beaumanoir une curieuse énumération des causes qui peuvent dispenser de comparaître devant le juge ; Coutume de Beauvoisis, chap. 3.

Art. 428. merciale se concilie difficilement avec l'agencement suranné de l'interrogatoire. Aussi la disposition de notre texte tendrait-elle à rendre superflu ce mode d'instruction pour le remplacer par la simple comparution. Non que je veuille en induire que l'interrogatoire sur faits et articles soit proscrit en matière commerciale : je pense au contraire que les parties pourraient y recourir et les juges l'ordonner; mais les facilités que présente l'article 428 rendront fort rare l'emploi de cette procédure. Sous l'ancienne jurisprudence, l'un et l'autre mode d'instruction était permis : la comparution personnelle par le texte des ordonnances (1), l'interrogatoire ou l'*audition catégorique* par l'usage fondé sur le droit commun ; c'est du moins ce qu'attestent Rodier, dans ses Questions sur l'ordonnance de 1667 (2), et Rogue, dans sa Jurisprudence consulaire (3). Un auteur moderne a cependant contesté la légalité de l'interrogatoire en matière commerciale (4); mais le silence des textes n'est pas une raison suffisante

(1) Ordonnance de 1667, tit. 16, art. 4.

(2) Questions sur l'ordonnance de 1667, tit. 16, art. 4.

(3) Jurisprudence consulaire, tome 1, chap. 3.

(4) M. Rodière, tome 2, p. 289.

de décider ainsi. La loi n'a pas non plus parlé du serment à propos de la procédure devant les tribunaux de commerce, bien que des règles aient été posées à cet égard lorsqu'il s'agit des tribunaux ordinaires (1) : est-ce à dire que le serment ne puisse être déféré par les juges de commerce ou par les parties qui plaident devant eux ? D'ailleurs, à part la différence des formalités, l'interrogatoire ne se distingue de la comparution proprement dite que dans un point, c'est que l'interrogatoire est une procédure secrète à laquelle procède un seul juge, tandis que la comparution personnelle met les deux parties en présence, à l'audience publique et devant le tribunal entier. Or la loi permet aux juges de commerce d'ordonner dans certains cas que la partie sera interrogée, sur des questions que le tribunal précise, par un seul juge chargé de rédiger procès-verbal des déclarations obtenues. Ce mode de procéder n'est donc pas incompatible avec la procédure commerciale. Eh bien ! substituez à l'initiative du tribunal l'initiative de la partie qui pose elle-même des faits et demande que son adversaire soit tenu de s'expliquer sur les questions contenues en sa requête, vous au- Art. 428.

(1) Code de procédure, art. 120 et 121.

Art. 428. rez l'interrogatoire sur faits et articles tel qu'il est défini par l'article 324 du code de procédure. Pour enlever ce droit à la partie, ce ne serait pas trop d'un texte positif (1).

La loi ne fait pas un devoir aux juges de tenir procès-verbal des déclarations des parties qui comparaissent à l'audience, alors même que l'affaire serait susceptible d'appel; mais elle ne leur défend pas de le faire. Je crois que cette mesure serait d'une grande utilité dans le cas où les juges devraient prendre pour base de leur décision au fond les déclarations des parties. Il ne suffirait pas, pour constater ces déclarations, qu'elles fussent reproduites dans les qualités ou les motifs du jugement. La sentence des premiers juges, lorsqu'elle est frappée d'appel, doit trouver sa raison d'être dans les éléments qui l'ont préparée et non dans ceux qui la constituent. Il n'est rien de plus absurde, à propos d'une décision, que de dire: *Elle se justifie elle-même.* — Les parties, je l'ai

(1) Il est presque inutile de dire qu'il faudra concilier les formes de l'interrogatoire avec l'exclusion des avoués en matière commerciale. Ainsi les actes de cette procédure seront faits et signés par la partie ou son mandataire, et signifiés à personne ou domicile, ou au greffe s'il n'y a domicile élu conformément à l'art. 422.

déjà fait observer, agiront prudemment en Art.
demandant au tribunal de faire constater sur 428.
la feuille d'audience les aveux et les déclarations qui seraient de nature à justifier leurs prétentions (1).

L'expertise est un moyen de preuve fré- 429.
quemment employé dans la procédure commerciale. Il y a seulement sur ce point deux remarques à faire : — le tribunal de commerce peut nommer *un* ou trois experts, tandis que le tribunal civil, sauf les cas d'exception déterminés par les lois, doit en désigner trois, à moins que les parties ne consentent qu'il soit procédé par un seul (2). — Le tribunal de commerce nomme d'office les experts, à moins que les parties n'en conviennent *à l'audience*; de sorte que, si les parties ne s'accordent pas avant la désignation faite par le tribunal, il n'est pas nécessaire de leur réserver, comme en matière civile, le droit d'en choisir d'autres dans les trois jours de la signification du jugement (3).

(1) V. *suprà*, p. 244.

(2) Code de procédure, art. 303.

(3) Code de procédure, art. 304 et 305. — Les parties n'en conserveront pas moins le droit, même après le juge-

Art. 429. A part ces différences, les expertises commerciales restent soumises au droit commun. Ainsi les experts devront prêter serment devant un juge commis. Les parties seront averties du jour et de l'heure des opérations, du jour et de l'heure de la rédaction du rapport (1).

Mais il ne faut pas confondre avec l'expertise proprement dite un moyen que la loi autorise lorsque l'affaire présente quelque complication : « S'il y a lieu à renvoyer les parties devant des *arbitres* pour examen de comptes, pièces et registres (2), il sera nommé un ou trois *arbitres* pour entendre les parties, et les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis. » Ces arbitres, comme les experts, sont nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience.

ment, de choisir d'autres experts ; mais il n'y a pas de délai légal imposé, de sorte qu'aussitôt le jugement signifié, la partie la plus diligente peut mettre les experts en demeure d'opérer.

(1) Code de procédure, art. 307, 315, 317.

(2) Il ne faut pas considérer cette indication comme limitative ; dans l'usage on applique ce mode d'instruction à toutes sortes de causes commerciales.

La mission de ces arbitres présente un caractère mixte. — Ce ne sont pas des experts, car leur rôle principal est celui de conciliateurs; et l'avis qu'ils émettent, à défaut de conciliation, n'est pas le résultat d'une opération simplement matérielle, mais l'appréciation des questions de fait ou de droit que soulèvent les prétentions des parties; c'est pour cela qu'ils doivent être dispensés du serment imposé aux experts. — Ce ne sont pas des juges, car ils ne peuvent terminer la contestation par une sentence, mais seulement par une transaction qu'ils essayent d'obtenir : leur avis n'est qu'un élément de conviction que le tribunal peut accepter, auquel il peut n'avoir aucun égard. Art. 429.

Ce droit de renvoyer devant des arbitres conciliateurs est exclusivement attribué aux juges de commerce (1). L'origine de cette disposition de l'article 429 se retrouve sans peine dans les anciens textes et dans une pratique presque universelle constatée par nos vieux auteurs. J'ai déjà parlé de l'ordonnance de 1560, qui voulait que les marchands *fussent contraints d'élire et de s'accorder de trois personnages ou plus, en nombre impair, marchands*

(1) V. tome 2, p. 567.

ART. 429. *ou d'autre qualité, et de s'en rapporter à eux de leur différend* (1). A cette ordonnance, restée sans exécution dans sa formule impérative, incompatible d'ailleurs avec l'institution des tribunaux consulaires, succéda l'ordonnance de 1563, qui, en déterminant la compétence des consuls, leur permit « d'appeler avec eux, si la matière y est sujette et en sont requis par les parties, tel nombre de personnes de conseil qu'ils aviseront (2); » sur quoi un commentateur fait observer que les consuls peuvent « appeler des personnes de conseil, telles que des avocats, pour avoir leur avis seulement, car ces personnes de conseil ou avocats ne peuvent pas être associés aux consuls ni avoir voix délibérative dans les jugements (3). » L'ordonnance de 1667 permit à son tour aux tribunaux de commerce « de nommer un des anciens consuls ou autre marchand non suspect, pour examiner les pièces, et, sur son rapport, donner sentence qui sera prononcée en la prochaine audience (4). » Cet appointement porte d'ordinaire, dit Rodier, « que la compagnie commet

(1) V. *suprà*, p. 249.
(2) Ordonnance de 1563, art. 3.
(3) Nicodème, Exercice des commerçants, p. 7.
(4) Ordonnance de 1667, tit. 16, art. 5.

un tel pour ouïr les parties, *les accommoder s'il se peut*, et en défaut donner son avis ou relation, et l'envoyer à la compagnie. » Puis il ajoute que s'il y a des points de droit à juger, on nomme un avocat non suspect, lequel, après avoir examiné l'affaire, en fait son rapport aux consuls; qu'il arrive même que l'on commet conjointement un marchand et un avocat pour faire le rapport (1). ART. 429.

C'est donc à tort que l'orateur du tribunat disait au corps législatif : « Le code a *introduit* une nouvelle espèce d'arbitrage *inconnue jusqu'à présent*, et dont il est aisé de prévoir les heureux effets. L'utilité de cette espèce de tribunal de famille se fait mieux sentir qu'elle ne peut s'expliquer, et, s'il n'en résulte pas toujours une heureuse conciliation, du moins l'avis de ces arbitres aura-t-il l'avantage de réduire les débats à leurs véritables termes, et d'en faciliter la décision pour ceux à qui seuls la loi la confie. » — Le législateur moderne n'a fait que sanctionner un usage presque universel. Il n'existe entre le code et l'ordonnance que des différences de détail, mais le principe est resté le même : le code permet aux juges de nommer un ou trois arbitres; l'ordonnance

(1) Questions sur l'ordonnance de 1667, tit. 16, art. 3.

Art. 429. n'admet que la désignation d'un seul, mais l'usage permettait de dépasser ce chiffre.— Le code ne limite pas le choix à faire dans une classe déterminée de personnes ; l'ordonnance ne permettait de choisir l'arbitre que parmi les commerçants, mais l'usage attesté par Rodier n'acceptait pas cette restriction. — Le code permet aux parties de s'accorder sur le choix ; l'ordonnance faisait nommer l'arbitre par le tribunal exclusivement. — Le code confère à l'arbitre le rôle de conciliateur; l'ordonnance le chargeait seulement du soin d'examiner l'affaire et de présenter son rapport; mais la formule employée par les juges lui confiait en première ligne une mission conciliatrice.

L'orateur du tribunat était-il mieux inspiré lorsqu'il exaltait les heureux effets de ce qu'il appelait une innovation? Restreint dans de sages limites, ce moyen de s'éclairer offert aux juges peut sans doute présenter quelque avantage; mais qu'ils ne perdent pas de vue que la mission principale par eux conférée est celle de concilier, et que l'avis exprimé sur le droit des parties ne les dispense pas d'une appréciation personnelle. C'est une chose grave et périlleuse que cette délégation provisoire qui décharge le juge d'une partie de sa responsabilité morale!

Si quelqu'un osait dire — que dans des localités Art.
importantes, où les tribunaux de commerce 429.
sont encombrés d'affaires, ce droit de renvoyer les parties devant des arbitres n'est jamais pour le juge un moyen de se substituer un juge sans responsabilité; que cette mission de confiance ne peut pas dégénérer en un ministère intéressé, exploité à titre d'office, — l'expérience ne lui donnerait-elle pas un affligeant démenti ?

La pratique ne tient pas toujours les promesses de la théorie. La diversité des aperçus s'explique par la différence du point de vue :

. . . . *Renuis tu quod jubet alter;*
Quod petis, id sane est invisum acidumque duobus (1).

430. Il y a des règles communes aux experts et aux arbitres conciliateurs. Ces règles sont relatives à la récusation qui ne peut être proposée que dans les trois jours de la nomination ; ce qu'il faut entendre de la nomination connue de la partie au moyen de la signification du jugement (2). Si le jugement était par défaut, le délai de trois jours ne devrait courir qu'à partir

(1) Horace, Épîtres, II, 2.

(2) Argument tiré de l'article 383. V. tome 4, p. 472. — Le délai de trois jours devrait s'augmenter du délai des distances.

Art. de l'expiration de la huitaine de l'opposition (1).

430. L'acte de récusation doit être signé par la partie ou par son fondé de pouvoir porteur d'un mandat spécial qui l'autorise à proposer la récusation (2).

Les causes de récusation sont les mêmes, qu'elles soient proposées contre les experts ou contre les arbitres conciliateurs ; c'est-à-dire que les uns et les autres pourront être récusés par les motifs pour lesquels les témoins peuvent être reprochés (3). J'ai déjà dit que les arbitres dont parle l'article 429 ne sont pas des juges ; on ne peut donc leur faire l'application ni de l'article 378 ni des dispositions qui organisent la récusation contre les juges.

431. Le rapport des experts est déposé au greffe du tribunal de commerce. Il en est de même de l'avis des arbitres lorsqu'ils n'ont pu parvenir à concilier les parties. S'ils ont obtenu la conciliation par le sacrifice total ou partiel des prétentions des plaideurs, ils n'ont pas à rédiger de rapport ou de procès-verbal. La trans

(1) Je crois qu'il n'y aurait ici aucune distinction à faire entre les différentes espèces de jugements par défaut. Argument de l'article 383. V. tome 5, p. 519.

(2) Code de procédure, art. 309.

(3) Code de procédure, art. 310.

action ne peut être constatée que par les parties elles-mêmes, car les arbitres conciliateurs n'ont pas, comme le juge de paix, un caractère public pour donner la foi probante à la convention sur laquelle serait apposée leur signature à défaut de la signature des parties; et, d'un autre côté, ce ne sont pas des arbitres-juges chargés de prononcer une sentence qui puisse devenir exécutoire en vertu d'une ordonnance d'*exequatur*. ART. 431.

432. La preuve testimoniale, restreinte par le droit civil dans les affaires soumises aux tribunaux ordinaires (1), échappe à ces dispositions prohibitives lorsqu'il s'agit de matières commerciales. Les juges de commerce *peuvent*, sauf de rares exceptions, admettre la preuve par témoins, quel que soit l'intérêt du litige (2),

(1) Code civil, art. 1341. V. tome 4, chap. 17.

(2) Les dispositions des articles 49 et 119 du code de commerce doivent être considérées comme l'application du principe général réservé par l'article 1341 du code civil. Ce qui le prouve, c'est que le code de commerce prend soin d'indiquer les conventions commerciales qui ne peuvent être prouvées que par écrit. V. les art. 39, 273, 311, 332 du code de commerce, relatifs aux sociétés en nom collectif et en commandite, aux chartes parties, au contrat de prêt à la grosse ou d'assurances.

ART. 432. alors même que les faits articulés tendraient à prouver outre et contre le contenu des actes (1). L'usage de recevoir indéfiniment la preuve testimoniale s'était maintenu devant les juridictions consulaires malgré les dispositions de l'ordonnance de Moulins. Cet usage fut consacré par l'ordonnance de 1667, qui, après avoir renouvelé les anciennes prohibitions, ajoute : « Sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands (2). » C'est au texte de cette ordonnance que se réfère la dernière disposition de l'article 1341 du code civil : « sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. »

Quant aux formes de l'enquête, la loi ne contient qu'un simple renvoi : « Si le tribunal ordonne la preuve par témoins, dit l'art. 432 de notre code, il y sera procédé dans la forme prescrite pour les enquêtes sommaires. Néanmoins, dans les causes sujettes à appel, les dépositions seront rédigées par écrit par le greffier et signées par le témoin; en cas de refus,

(1) C'est ce qui résulte d'une jurisprudence constante. V. Dictionn. d'A. Dalloz, v° preuve testimoniale, n° 330 et suiv.

(2) Tit. 20, art. 2.

mention en sera faite. » Il suffit par conséquent de renvoyer aux explications déjà données sur le titre des matières sommaires. ART. 432.

Une différence de rédaction entre l'art. 411 et l'art. 432 mérite cependant d'être signalée. L'art. 411, supposant le cas où le jugement est susceptible d'appel, veut qu'il soit dressé procès-verbal contenant *le résultat des dépositions* des témoins ; l'art. 432 exige que *les dépositions des témoins soient rédigées* par écrit. Cette différence passerait inaperçue si le contexte de l'article ne démontrait que le législateur a entendu sur ce point déroger aux règles tracées pour les enquêtes sommaires (1). Le doute est d'ailleurs complétement levé par ces observations de la section du tribunat : « Dans les matières sommaires il peut suffire de constater le résultat des dépositions ; mais dans les matières de commerce, qui peuvent être du plus grand intérêt, il est indispensable de constater les entières dépositions (2). »

(1) Remarquez, en effet, que le législateur, après avoir dit qu'il sera procédé comme dans les enquêtes sommaires, emploie cette locution : *néanmoins*, etc.; ce qui prouve que la dernière disposition est une dérogation au principe qu'il vient de poser.

(2) Locré, Esprit du code de proc., tome 2, p. 172.

Art. 337. 339. On ne rencontre dans les dispositions du code, sur la procédure commerciale, aucun texte qui se rapporte aux incidents proprement dits, c'est-à-dire à la forme sous laquelle doivent être présentées *les demandes additionnelles*, *la reconvention* et *l'intervention*. Les principes exposés sur les conditions exigées pour que ces incidents soient reçus devant les tribunaux ordinaires ne doivent subir aucune modification devant les tribunaux de commerce (1). Quant à la forme, il n'est pas douteux que les demandes additionnelles ou en reconvention peuvent être présentées dans de simples conclusions prises à la barre du tribunal; mais, si le défendeur faisait défaut, la demande additionnelle ne pourrait être formée que par exploit d'assignation.—L'intervention peut-elle être également formée par des conclusions écrites, déposées sur la barre? M. Rodière le conteste; il veut que l'intervenant assigne les parties principales par exploit à domicile (2). J'avoue que la raison de différence entre les divers incidents ne m'apparait nullement. Devant les tribunaux criminels, où les parties ne sont pas représentées par des avoués, l'in-

(1) V. tome 5, chap. 22.

(2) Exposition raisonnée, tome 2, p. 289.

tervention de la partie civile se manifeste le plus souvent par de simples conclusions prises sur la barre ; pourquoi cette rigueur singulière lorsqu'il s'agit d'intervenir dans une instance commerciale ? D'ailleurs, obliger l'intervenant à signifier un exploit d'assignation, ce serait en réalité refuser dans la plupart des cas le droit d'intervenir : l'instance principale serait jugée avant l'expiration des délais pour comparaître sur la demande en intervention. Si pourtant la partie intervenante préférait prendre la voie de l'ajournement, elle devrait assigner au domicile réel; elle ne pourrait signifier son exploit ni au domicile élu par les parties principales ni au greffe du tribunal, car l'intervenant, avant d'avoir pris qualité, ne peut se prévaloir des circonstances accessoires ou des conséquences légales du contrat judiciaire auquel il est encore étranger au moment de la signification de son exploit (1).

ART. 339.

J'ai maintenant à m'expliquer sur des dis-

(1) Je n'ai pas à m'occuper ici des dispositions sur le désaveu, les règlements de juges, les renvois, les récusations, la péremption, le désistement. Ce qu'il peut y avoir de spécial à la procédure des tribunaux de commerce a été indiqué dans chacun des chapitres qui traitent de ces matières.

Art. 434. positions importantes, celles qui régissent la matière des jugements par défaut.

Il convient d'abord de signaler une hypothèse qui doit rester en dehors des théories que je vais exposer. Cette hypothèse est celle de la non-comparution du demandeur. C'est un désistement présumé de l'instance : le tribunal n'a donc à verifier ni les conclusions de l'exploit d'ajournement ni les moyens de la défense. C'est un fait matériel qu'il constate, l'absence du demandeur, en donnant *congé* à son adversaire (1).

Mais, si l'on veut s'attacher à l'hypothèse où c'est le défendeur qui fait défaut devant le tribunal de commerce, il devient nécessaire, pour saisir la pensée du législateur et l'ensemble de son système, de coordonner les textes successivement promulgués et de comparer avec l'ancienne jurisprudence les dispositions nouvelles de nos codes.

L'ordonnance de 1667 sera notre point de

(1) V. tome 3, p. 14.—Sur la question de savoir si le demandeur peut revenir *par voie d'opposition* devant le tribunal qui a donné défaut-congé, voyez *ibid.*, p. 16. — La jurisprudence est aujourd'hui fixée contre la solution que propose M. Boncenne.

départ. On sait que cette ordonnance avait aboli l'ancien usage des réajournements, c'est-à-dire des assignations nouvelles que la partie, après avoir fait constater au greffe le défaut de son adversaire, devait lui signifier avant d'obtenir à l'audience la sentence qui adjugeait le profit de ce défaut (1). **ART. 434.**

Aux garanties que le défendeur trouvait dans la réassignation, l'ordonnance avait substitué un autre système de précautions. Dans les matières civiles ordinaires, ce furent des délais de surséance qui remplacèrent ces anciennes pratiques. Voici comment les choses se passaient: A l'expiration des délais de l'ajournement, le défendeur devait, dans un nouveau délai qui variait suivant les juridictions, faire présenter son procureur. Faute de présentation du procureur dans le délai fixé, le demandeur prenait et levait le défaut *au greffe*; mais il ne pouvait se faire adjuger le profit du défaut, c'est-à-dire obtenir jugement qu'après l'expiration d'un autre délai, qui n'était pas moindre de huitaine (2).

Il y avait donc trois différents délais à ob-

(1) V. l'ordonnance de 1667, tit. 5, art. 2; et tome 3, p. 9.

(2) V. l'ordonnance de 1667, tit. 3, art. 5.

Art. 434. server : — le délai de l'assignation ; — le délai de surséance pour constituer un procureur ; — le délai du défaut dans le cas où le procureur n'avait pas été constitué.

Si le défendeur avait constitué procureur dans les délais de l'assignation ou dans les délais de surséance, et qu'il ne présentât pas ses défenses dans le temps imparti, le demandeur prenait défaut *à l'audience*; les juges vérifiaient sur-le-champ ses conclusions, et statuaient sur le profit par le même jugement qui donnait acte du défaut (1).

On conçoit que ces distinctions répugnaient à la nature particulière de la procédure commerciale. Il n'y avait pas lieu d'accorder à la partie un délai pour la présentation d'un procureur, puisqu'elle ne pouvait comparaître devant les consuls par un représentant légal. Le délai de l'assignation ne devait donc pas s'augmenter d'un délai de surséance; et comme la procédure commerciale ne comportait pas de délais pour signifier des défenses, il n'y avait aucun motif pour séparer de la constatation du défaut la sentence qui en adjugeait le profit. De là cette règle unique sur les

(1) V. l'ordonnance de 1667, tit. 5, art. 3, et tit. 14, art. 4.

défauts devant la juridiction des consuls : « Si l'une des parties ne compare à la première assignation, sera donné défaut ou congé emportant profit (1). » ART. 434.

Les défaillants se trouvaient ainsi privés des garanties que leur donnait, contre le danger de collusions coupables, l'ancienne pratique des réassignations, dont l'usage était observé avant l'ordonnance de 1667, même devant la juridiction consulaire. La seule protection que le défaillant condamné trouvât dans le texte de l'ordonnance était le droit de faire *rabattre* le défaut *en l'audience suivante*, pourvu qu'il eût sommé par acte celui qui avait obtenu le défaut de comparoir en l'audience, et qu'il eût offert par le même acte de plaider sur-le-champ (2).

Les consuls de Paris s'émurent de cet état de choses. Ils représentèrent au roi, en son conseil, que la disposition nouvelle de l'ordonnance avait de graves dangers; « qu'il arrive souvent que ceux auxquels les assignations sont données ne sont point chez eux pour lors; et qu'ainsi, avant qu'ils le sachent, ils sont assignés, jugés et condamnés, et qu'en vertu d'une sentence par défaut on les contraint en leur

(1) V. l'ordonnance de 1667, tit. 16, art. 5.

(2) V. l'ordonnance de 1667, tit. 16, art. 6.

ART. 434. corps et biens, et on met garnison dans leurs maisons, ce qui cause une perte de crédit et souvent des ruptures et des banqueroutes ; au lieu qu'étant réassignés sur défaut, ils ont le loisir de se reconnaître, de se défendre, et de mettre ordre à leurs affaires..... A quoi les suppliants peuvent ajouter qu'il se fait plus de frais pour rabattre une sentence ou congé qu'il n'en coûterait pour un défaut, qui ne revient qu'à *deux sols*. »

Sur cette requête intervint arrêt du conseil, le 24 décembre 1668, par lequel il fut dit : « que les juges et consuls des marchands de la ville de Paris ordonneront que ceux qui n'auront point comparu à la première assignation seront réassignés en la même forme et manière qui a été pratiquée auparavant l'ordonnance du mois d'avril 1667, et sans tirer à conséquence à l'égard des autres juridictions, esquelles Sa Majesté veut l'article 2 du titre des défauts et congés être ponctuellement observé. »

Mais l'arrêt du conseil ne fut pas suivi dans toutes les juridictions consulaires. Rodier atteste que la disposition de l'ordonnance ne cessa pas d'être observée devant les consuls de Toulouse ; ils prononçaient dès la première as-

signation le défaut emportant profit (1). Ces juges se trouvaient dès lors en présence des inconvénients qu'avaient signalés dans leur requête les consuls de Paris. Il fallut recourir à l'arbitraire pour remédier aux dangers de l'imprévoyance du texte. Les voies de rétractation furent abusivement ouvertes, et, par cet envahissement de l'omnipotence judiciaire, la loi exécutée en apparence fut altérée dans ses tendances et dans son esprit (2). Art. 434.

Le code de procédure avait complétement abrogé pour les tribunaux ordinaires la formalité des présentations au greffe; plus de délais de surséance, plus de délais qui séparent la constatation du défaut et le jugement du profit (3). Le code n'avait pas rétabli l'ancienne pratique des réassignations, si ce n'est pour un cas

(1) Sur l'ordonnance de 1667, tit. 5, art. 6.

(2) Dans la pratique du ressort du parlement de Toulouse, on obtenait, devant les consuls, la rétractation du défaut, sans observer aucuns délais, même après deux ou trois appointements consécutifs, rendus par défaut contre la même partie. Le parlement de Toulouse rendit inutilement plusieurs arrêts, un notamment du 26 août 1681, pour défendre aux consuls de recevoir le *rétractement* après la huitaine de la signification. V. *inf.*, p. 330.

(3) Code de procédure, art. 149.

Art. 434. unique, celui que prévoit l'article 153. Dès lors il n'y eut plus, en matière civile, *quant à l'obtention du défaut*, de distinction à faire entre le défaut *faute de comparaître* et le défaut *faute de conclure et de plaider*. C'est après le jugement obtenu, et lorsqu'il s'agit de régler les moyens de mettre le défaillant en demeure de se pourvoir, lorsqu'il s'agit de déterminer les délais et les formes de l'opposition, la durée légale de la sentence, que se révèle, avec la distinction des jugements suivant que la partie défaillante est ou non représentée, le système de garanties que le législateur moderne a introduit (1). Tandis que, sous l'empire des anciens principes, c'était dans l'obtention du jugement que se manifestaient ces différences, selon que le défaillant avait ou n'avait pas un procureur; il n'y en avait aucune lorsqu'il s'agissait des formes et des délais de l'opposition (2).

Les rédacteurs du code de procédure, en s'occupant de régler la matière des défauts dans la procédure commerciale, adoptèrent un système uniforme, invariable dans son application, sans admettre, comme devant les tribunaux civils,

(1) Code de procédure, art. 156 et suivants.

(2) V. Ord. de 1667, t. 35, art. 3, il y avait cependant beaucoup de divergences dans la pratique. V. t. 3, p. 88.

de distinction utile dans la pratique entre les ART.
jugements par défaut. Sous ce rapport on suivit 434.
la disposition de l'ordonnance de 1667 sur la procédure des consuls ; on écrivit dans l'article 434 : « Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées; » de même que l'ordonnance avait dit : « Si l'une des parties ne compare à la première assignation, il sera donné défaut ou congé emportant profit. »

Relativement aux moyens de recours contre les jugemens par défaut, le code ne distingua pas
davantage. Il établit que *tout jugement par dé-* 435.
faut serait signifié par un huissier commis à cet effet par le tribunal ; — que la signification contiendrait, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait ; —
que l'opposition ne serait plus recevable après 436.
la huitaine du jour de la signification ; — que 437.
l'opposition contiendrait les moyens de l'opposant avec assignation dans le délai de la loi, et
qu'elle serait signifiée au domicile élu ; — 438.
qu'enfin l'opposition faite par déclaration sur les actes de poursuites arrêterait l'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer dans les trois jours par exploit contenant assigna-

Art. 434. tion, passé lequel délai elle serait considérée comme non avenue. C'était, comme on le voit, le principe inflexible de l'ordonnance : seulement l'ordonnance donnait à la partie défaillante, comme unique voie de recours, le droit de faire rabattre le défaut en l'audience suivante (1). Mais Rodier nous apprend que, dans les juridictions consulaires du parlement de Toulouse, le défaillant attendait la signification du jugement par défaut pour se pourvoir en *rétractement* par exploit d'assignation à ces fins, *dans la huitaine,* et souvent après la huitaine de la signification (2). Cette assignation en rétractement suspend, dit-il, l'exécution de l'appointement. — Il est facile de reconnaître, dans cette pratique introduite par l'usage, l'origine des textes du code que je viens d'analyser.

Si l'on compare maintenant les dispositions spéciales de la procédure devant les tribunaux de commerce à celles qui régissent la procédure des tribunaux ordinaires, on reconnaîtra

(1) Les juges pouvaient aussi rabattre le défaut en matière civile, mais seulement à la même audience où il avait été prononcé. V. l'ord de 1667, tit. 14, art. 5. Les parties avaient en outre, en matière civile, la voie de l'opposition, si le jugement était en dernier ressort.

(2) V. Rodier sur l'ordonnance de 1667, t. 16, art. 6.

sans peine que les garanties qui protégent la partie défaillante contre les dangers d'une surprise seraient bien plus largement organisées devant la juridiction civile. Art. 434.

Il peut arriver sans doute que, dans certains cas, le défendeur qui ne s'est pas présenté pour conclure au fond devant le tribunal de commerce ait cependant fait acte de comparution, soit pour solliciter une remise de la cause, soit pour contester seulement la compétence ou proposer toute autre exception. Dans cette hypothèse, on pourrait l'assimiler à la partie qui, après avoir constitué avoué devant le tribunal civil, refuse ensuite de conclure et de plaider. A ce point de vue, les textes qui règlent l'opposition en matière commerciale présenteraient une certaine parité avec les textes qui régissent en matière civile l'opposition à un jugement faute de conclure ou de plaider. Mais cette hypothèse sera certainement la plus rare devant les tribunaux de commerce; et la prévision à laquelle a dû principalement s'attacher le législateur est celle d'un jugement par défaut faute de comparaître, ce qui suppose que la partie, n'obéissant pas à l'assignation signifiée, a pu n'en avoir pas connaissance. Cependant la partie défaillante sera mise en demeure de former

Art. 434. opposition par une simple signification du jugement qui la condamne, notifiée il est vrai par un huissier commis; tandis qu'en matière civile, le défaillant placé dans la même position, sous la même présomption d'ignorance de l'ajournement et de ses suites, ne voit pas son opposition limitée dans un délai préfix, son recours ne peut être compromis par la seule expiration du temps; pour lui, la signification du jugement par un huissier commis n'est pas le point de départ d'une déchéance; il peut se pourvoir contre le jugement tant que son existence ne se révèle pas par des actes matériels d'exécution : c'est la connaissance réelle substituée dans ce cas à la connaissance présumée. Il y a plus, le législateur lui donne un surcroît de garanties en déclarant que le jugement sera réputé non avenu, si l'exécution n'a lieu dans les six mois de son obtention (1).

Cette inégalité de position, qui ne pouvait trouver sa justification dans la diversité des matières soumises à l'un et à l'autre tribunal, devait apparaître bientôt avec ses résultats cho-

(1) La cour d'appel d'Orléans, dans ses observations sur le projet du code de procédure, avait signalé cette contradiction. V. Observations des cours sur le projet du code de procédure, p. 23 et 24.

quants et ses incontestables dangers. Ce n'est pas impunément que le législateur peut, suivant son caprice, introduire pour des hypothèses analogues ou identiques des règles contradictoires. Une partie de son œuvre est de l'autre une vivante critique. Si, par exemple, les garanties données au défaillant en matière commerciale étaient en réalité suffisantes, pourquoi surcharger d'inutiles précautions les textes qui règlent le droit d'opposition en matière civile? ou bien, si ces textes sont l'expression d'une nécessité démontrée, pourquoi ne pas les déclarer communs à la procédure commerciale? Car il s'agit ici, non plus de formes variables suivant la nature du procès et le caractère des juridictions, mais d'un principe avec lequel le législateur ne peut jamais transiger, de ce principe juste et sacré, toujours et partout : que le défendeur doit être mis en position de se défendre.

ART. 434.

A l'époque de la rédaction du code de commerce, l'occasion se présenta de faire disparaître cette anomalie qui subordonnait la sécurité du défaillant à la nature du procès et à la différence des juridictions. Une disposition fut proposée et adoptée sans discussion, celle

Art. 434. des articles 642 et 643 du code de commerce, ainsi conçus : « La forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le titre 25 du livre II de la première partie du code de procédure civile. — Néanmoins les articles 156, 158 et 159 du même code, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce. »

Par ce texte étaient déclarées communes à la procédure commerciale les règles sur les jugements par défaut *faute de comparaître* rendus en matière civile, c'est-à-dire les dispositions relatives à la péremption de six mois, celles qui permettent de former opposition jusqu'à l'exécution du jugement, celles qui déterminent les circonstances dans lesquelles le jugement est réputé exécuté.

Mais ce système, enté sur des dispositions préexistantes qui n'étaient pas expressément abrogées, devait nécessairement enfanter des controverses, et fournir aux champions de doctrines opposées des armes à peu près égales. Les lois créées d'un seul jet sont les seules dont la pensée puisse être facilement saisie. Cette cohésion artificielle, qui relie l'un à

l'autre des textes séparés par le temps comme par la différence des idées, ne résiste pas aux attaques de l'analyse et se dissout devant les hardiesses de la doctrine. On en jugera par la diversité des opinions nées du rapprochement des textes du code de procédure et du code de commerce. ART. 434.

Suivant M. Boitard (1), la distinction des jugements par défaut faute de comparaître et faute de plaider ne se retrouve pas en matière commerciale. Ce n'est pas, remarquez-le bien, pour arriver à la conclusion que les mêmes règles doivent être appliquées, soit que la partie n'ait pas comparu, soit qu'ayant comparu elle ait refusé de conclure; cette doctrine n'est pas la sienne. S'il repousse une distinction analogue à celle que consacrent devant les tribunaux civils les articles 157 et 158 du code de procédure, c'est parce que, suivant lui, le jugement rendu par un tribunal de commerce contre une partie qui comparaît en personne ou qui constitue un mandataire est réputé contradictoire, alors même que la partie aurait refusé de conclure. Dans ce système, l'art. 643 du code de commerce ne soulèverait aucune dif-

(1) Leçon 47, sur l'art. 434.

Art. 434. ficulté. Une règle unique pourvoirait aux exigences d'une hypothèse unique; ce qui expliquerait pourquoi le législateur aurait déclaré applicables devant les tribunaux de commerce les seules dispositions relatives aux jugements par défaut faute de comparaître.

Il faut le dire, l'opinion de M. Boitard n'a pas franchi l'enceinte de l'école; elle n'a jamais subi le contrôle des tribunaux. Les conséquences d'une telle doctrine sont véritablement effrayantes. Un défendeur aura comparu devant la juridiction commerciale; puis les plaidoiries étant remises à l'audience prochaine, un obstacle imprévu, quelque affaire urgente, la maladie, la mort, laissent ses intérêts sans défense; et le jugement qui intervient sera réputé contradictoire! La voie de l'opposition serait refusée à la partie ou à ses représentants (1)! Ajoutons que le texte de l'article 435 semble admettre des jugements par défaut de nature

(1) On objectera peut-être que le même inconvénient se présentera dans le cas où quelques obstacles empêcheraient la partie de plaider sur son opposition après un premier jugement par défaut. A cela je réponds que l'opposition doit contenir les moyens de la partie; que le juge peut les apprécier, et qu'ainsi les intérêts de l'opposant ne seront pas complétement sans défense.

diverse, auxquels seraient communes les dispositions qu'il contient : « *Aucun jugement par défaut* ne pourra être signifié que par un huissier commis, etc. » Art. 434.

Un autre système est celui-ci : Il y a devant les tribunaux de commerce deux sortes de jugements par défaut. Les uns peuvent être qualifiés faute de comparaître ou de constituer un mandataire; les autres, faute de conclure ou de plaider. Mais la distinction serait purement théorique, et n'empêcherait pas une assimilation complète dans les principes destinés à les régir. Cette assimilation, consacrée par le code de procédure, serait maintenue par l'art. 643 du code de commerce. Seulement, en conservant l'uniformité d'application, le code de commerce aurait substitué des règles nouvelles aux règles écrites dans le code de procédure. — Tous les jugements par défaut, sans distinction, avaient été soumis par le code de procédure au principe de l'article 436, portant que l'opposition ne sera plus recevable après la huitaine du jour de la signification; — tous les jugements par défaut, sans distinction, seraient soumis, par le code de commerce, à la règle de l'article 158, qui déclare l'opposition recevable

Art. 434. jusqu'à l'exécution du jugement. Ce système est consacré par de nombreuses décisions judiciaires, et notamment par deux arrêts de la cour de Paris, en date du 1er août 1844 (1).

Quelle que soit la puissance des raisonnements sur lesquels il s'appuie, je n'hésite pas à me placer parmi les adversaires de ce système. Mais, avant d'exposer les motifs de cette répulsion, il convient d'indiquer une autre solution du problème. Les développements qu'elle exige seront en même temps la démonstration des vices de la théorie que je veux combattre.

La solution qui me paraît préférable est celle-ci : La voie de l'opposition étant ouverte contre les jugements par défaut faute de comparaître, et contre les jugements par défaut faute de conclure, il faut admettre, devant les tribunaux de commerce, une distinction analogue à celle que le législateur a consacrée devant les tribunaux ordinaires. — La partie n'a-t-elle pas comparu sur l'assignation suivie d'un jugement de défaut, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution; — a-t-elle refusé de conclure

(1) Dalloz, 1844, table des matières, v° jugement par défaut, n° 8.

après avoir comparu, l'opposition ne sera recevable que dans la huitaine de la signification du jugement. Art. 434.

En déclarant applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce certaines dispositions du code de procédure, l'article 643 n'a pas généralisé cette application. Il ne faut pas séparer de l'hypothèse pour laquelle ils ont été créés, les articles 156, 158, 159, auxquels renvoie le code de commerce. Cette hypothèse est celle d'un jugement par défaut faute de comparaître : ce sont par conséquent des jugements de cette nature que l'article 643 a eus exclusivement en vue. —Resteraient alors les jugements par défaut faute de conclure, placés en dehors des prévisions de l'article 643. Ceux-là continueront d'être régis par les articles 434 et suivants du code de procédure, puisque la disposition nouvelle du code de commerce n'a soustrait à l'empire de ces textes qu'une classe particulière de jugements par défaut, et qu'il aurait maintenu, pour toutes les hypothèses auxquelles il ne déroge pas, la forme de procéder en matière commerciale, telle qu'elle est réglée par le code de procédure. La règle de l'article 436, d'après laquelle l'opposition doit être formée

Art. 434. dans la huitaine de la signification du jugement, ne serait donc pas abrogée, mais seulement restreinte dans son application.

On objecterait vainement que la généralité du texte de l'art. 643 ne permet pas de limiter son application à une seule classe de jugements par défaut. En soumettant ce texte à l'analyse, on reconnaît facilement qu'une interprétation extensive conduit à des conséquences inacceptables.

L'article 643 veut que les articles 156, 158 et 159 du code de procédure, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, soient appliqués *aux jugements par défaut* rendus par les tribunaux de commerce. Dans ce texte, a-t-on objecté, nulle trace de la distinction proposée. Ce n'est pas une classe de jugements par défaut, mais les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce qui seront désormais régis par les articles 156, 158 et 159.—L'objection tombe si l'on remarque que dans le même texte le législateur emploie la même locution lorsqu'il indique l'objet auquel se réfèrent les articles du code de procédure, dont il étend l'application aux matières commerciales : ce sont les articles 156, 158 et 159, *relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs*. Malgré l'apparente

généralité de ces expressions, il n'est pas dou- Art. teux que les articles cités ne soient exclusive- 434. ment relatifs aux jugements par défaut *faute de comparaître*, rendus par les tribunaux inférieurs : pourquoi les mêmes mots devraient-ils recevoir une interprétation plus large lorsque la loi parle des jugements par défaut, rendus par les tribunaux de commerce?

On a fait remarquer encore que l'art. 643 omet, dans la nomenclature des textes déclarés applicables aux tribunaux de commerce, l'art. 157 du code de procédure, qui règle le délai de l'opposition lorsqu'il s'agit d'un jugement par défaut faute de plaider. On en conclut que les jugements commerciaux ne sont jamais soumis à son empire. La réponse est facile : il n'était pas nécessaire de mentionner l'article 157, parce que la disposition qu'il contient se trouvait écrite déjà dans le texte de l'article 436, relatif à la procédure commerciale, et que cette procédure était expressément maintenue par l'article 642 du code de commerce. N'y aurait-il pas eu dès lors contradiction à dire : la procédure établie pour les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le code de procédure ; *néanmoins* l'article 157 et l'article 436 seront ap-

ART. 434. pliqués aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce?

Ce n'est point par voie d'abrogation qu'ont procédé les rédacteurs du code de commerce; ils ont conservé les dispositions du code de procédure; ils en ont ajouté d'autres : il faut donc admettre des hypothèses différentes, dont les unes sont régies par le texte primitif, les autres par le nouveau texte.

Cette doctrine est d'ailleurs en parfaite conformité avec l'esprit général de la législation nouvelle en matière de jugements par défaut. En déclarant l'opposition recevable jusqu'à l'exécution, on a voulu prévenir le danger des surprises. On présume que la partie n'a pas reçu l'assignation et qu'elle ignore les condamnations. L'exécution du jugement dissipera toute incertitude. Mais qu'une partie ait comparu, qu'elle ait constitué un mandataire qui s'est présenté pour elle, n'est-il pas certain que l'ajournement a rempli son but, et, si la partie refuse de conclure, ne doit-elle pas savoir qu'une décision doit cependant intervenir? Elle est avertie; son opposition ne sera recevable que dans la huitaine qui suit la signification du jugement.

On objecte que la position du défendeur, qui

refuse de plaider devant le tribunal de commerce, ne peut être assimilée à la position de celui qui, devant le tribunal civil, subit une condamnation faute de conclure ou de plaider. Celui-ci se trouve placé sous la sauvegarde d'un protecteur éclairé, l'avoué chargé du soin de le représenter. C'est entre les mains de cet officier ministériel que doit être remise la signification destinée à servir de point de départ aux délais de l'opposition. Ses habitudes au palais, sa responsabilité, sa vigilance, tout écarte les probabilités d'une surprise. Le défaillant de la juridiction commerciale n'a pas les mêmes garanties. Sans doute, puisqu'il a comparu, l'assignation lui sera parvenue; mais, le jugement, il l'ignore peut-être; la signification lui sera-t-elle fidèlement remise? saura-t-il, privé qu'il est d'un représentant légal chargé de veiller à sa place, s'il faut obéir ou se pourvoir, quel recours lui reste, quelles formalités il doit remplir, quels délais il doit observer?

ART. 434.

Cette objection est sans contredit la plus grave, car elle ne repose pas sur une stérile analyse des textes de la loi; elle met en jeu les intérêts de la défense en péril. Mais le législateur n'a-t-il pas pris en considération cette différence de position, sur laquelle l'objection

ART. 434. repose, lorsqu'il a voulu *qu'aucun jugement par défaut* ne pût être signifié que par un huissier commis à cet effet (1), précaution qu'il a jugée inutile lorsqu'il s'agit d'un jugement par défaut prononcé contre avoué? La comparution de la partie à la première audience n'est pas d'ailleurs, devant les tribunaux de commerce, un fait indifférent qui ne laisse pas de traces. Le contrat judiciaire est formé; il produit des conséquences légales, notamment la nécessité d'une élection de domicile, à défaut de laquelle toutes notifications ultérieures seront faites valablement au greffe du tribunal. Le défendeur est donc averti, soit qu'il continue à prendre une part active à l'instance, soit qu'il s'abstienne désormais, qu'au domicile élu, au greffe

(1) Les consuls de Paris, dans leur requête sur laquelle intervint l'arrêt du conseil de 1668, exposaient qu'il arrivait souvent que les assignations ne parvenaient pas aux parties, « parce que, étant la plupart données par des huissiers du Châtelet, *qui ne reconnaissent que le lieutenant civil*, et qui ne veulent point rendre raison aux suppliants, ils ne se soucient pas de les donner avec régularité, et souvent même les parties se plaignent de n'avoir pas reçu d'exploit, ce qui est réparé par les défauts portant réassignation, qui sont ordinairement signifiés *par les huissiers de la juridiction consulaire.* »

à défaut d'élection de domicile, il peut recevoir Art.
des significations et même celle d'un jugement 434.
définitif, contradictoire ou par défaut. Ce défendeur ne peut plus se considérer comme étranger à la marche du procès; ses intérêts sont sous la sauvegarde de sa propre vigilance.

Il n'a pas de protecteur qui lui indique les moyens de recours, les délais à observer! Qu'on s'en prenne au législateur lui-même, puisqu'il a fait de la procédure commerciale une lutte personnelle qui n'admet pas l'intervention d'un représentant légal. Assigné devant le tribunal de commerce, où le défendeur a-t-il vu que telle incompétence pouvait être proposée en tout état de cause, et que telle autre était couverte si elle n'était proposée *in limine litis?* Où donc a-t-il appris le secret des nullités de procédure, les délais de la récusation des arbitres ou des experts? Dans le livre de la loi, qu'il consultera s'il veut connaître les voies ouvertes à sa défense et les moyens d'y recourir; l'ignorance alléguée ne saurait le relever des déchéances encourues. Devant le tribunal civil, telle circonstance peut se présenter qui prive du représentant légal qu'il avait constitué, le défaillant condamné faute de conclure. A qui le jugement sera-t-il signifié? à la partie elle-

Art. 434. même, qui doit aviser alors et veiller isolée à ses droits (1). A plus forte raison doit-il en être ainsi dans la procédure commerciale, où l'isolement du plaideur n'est pas un fait exceptionnel, mais le fait légal et le droit commun.

Je résume ainsi la discussion qui précède : — Le système de M. Boitard prive de toutes garanties le défaillant qui comparaît et qui ne conclut pas. — Le second système exagère à l'inverse les garanties qui lui sont dues, en l'assimilant au défendeur qui n'a pas fait acte de comparution. — Entre ces deux opinions extrêmes se trouve la vérité : le défaillant faute de conclure a droit à la protection de la loi; mais cette protection ne se manifeste pas avec ce degré de sollicitude dont se trouve entourée la position du non-comparant. A l'un suffit un délai dont le point de départ est la connaissance présumée du jugement; à l'autre il faut une connaissance acquise par des actes matériels d'exécution (2).

Ces principes posés et ces difficultés résolues,

(1) V. tome 5, p. 206 et suiv.

(2) La cour de cassation s'est toujours prononcée en ce sens. V. le Dictionnaire de procédure de Bioche, v° jugement par défaut, n° 171.

il convient d'examiner le détail des textes et d'en Art.
indiquer l'application.

Je ne m'arrêterai guère à l'hypothèse spéciale 156. 158.
d'un jugement par défaut faute de comparaître 159.
ou de constituer un mandataire. Les formes à suivre sont celles que l'on observe devant les tribunaux ordinaires. Il suffit, pour les règles générales et pour la solution des questions, de renvoyer aux développements donnés par M. Boncenne sur les articles 156, 158 et 159 du code de procédure (1). C'est toujours un huissier commis qui doit signifier le jugement. L'exécution doit avoir lieu dans les six mois de l'obtention du jugement, sinon il est réputé non avenu. Enfin on sait dans quels cas l'exécution est réputée avoir eu lieu.

Mais il est une formalité spéciale aux juge- 435.
ments par défaut rendus par les tribunaux de commerce : la signification doit contenir, *à peine de nullité*, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. Cette formalité, commune sans distinction à tous les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, s'explique par le rapprochement d'un principe que je développerai plus tard : c'est que les juge-

(1) Tome 3, chap. 9.

Art. 435. ments par défaut en matière commerciale sont exécutoires un jour après la signification et jusqu'à l'opposition (1). En imposant la nécessité d'une élection de domicile dans la signification du jugement, on a voulu donner au défaillant une facilité plus grande pour notifier son opposition, et arrêter ainsi les poursuites d'exécution. Cela résulte du texte de l'art. 437 : « L'opposition sera signifiée *au domicile élu.* » C'est d'ailleurs une faculté accordée à l'opposant, et non pas une obligation à laquelle il soit soumis à peine de nullité ; aussi ne verrais-je nulle difficulté à valider l'opposition signifiée au domicile réel (2).

437. L'opposition doit contenir les moyens de l'opposant avec assignation dans le délai de la loi. On comprend qu'il en doit être ainsi, même dans le cas où elle est dirigée contre un jugement par défaut faute de conclure ; le mode d'opposition par requête, supposant l'inter-

(1) V. *infra*, p. 31.

(2) On verra cependant que les expressions employées dans l'article 437 : l'opposition *sera signifiée au domicile élu*, ne sont pas sans portée, et qu'il y a certaines conséquences à tirer de cette formule impérative. V. *infrà*, p. 355.

vention des avoués, est incompatible avec la procédure commerciale. Art. 438.

L'opposition faite à l'instant de l'exécution par déclaration sur le procès-verbal de l'huissier arrête l'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer dans les trois jours par exploit contenant assignation, passé lequel délai l'opposition est censée non avenue; l'huissier peut passer outre aux poursuites d'exécution. Cette disposition soulève d'assez graves difficultés. Je vais dire en quoi elles consistent.

Faut-il l'appliquer aux jugements par défaut faute de comparaître?— On trouve, dans l'article 162 du code de procédure, une disposition analogue : Lorsque le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas comparu, l'opposition peut être formée soit par acte extrajudiciaire, soit par déclaration sur les commandements, procès-verbaux ou autres actes d'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer *dans la huitaine*, suivant les formes légales. — Ce qui jette quelque doute sur le point de savoir si l'opposition formée par simple déclaration contre un jugement par défaut faute de comparaître, rendu par le tribunal de commerce, doit être réitérée dans les trois jours de l'art. 438 ou dans

Art. 438. la huitaine de l'art. 162, c'est que l'art. 438 se rattache au système d'après lequel l'opposition devait toujours être formée dans la huitaine de la signification. Ce système ayant été modifié par le code de commerce, qui déclare applicables à une classe de jugements par défaut les articles 156, 158 et 159, il semble qu'on devrait appliquer aussi de préférence la règle de l'article 162, complément des articles auxquels le code de commerce renvoie. — Mais il faut se rappeler que l'article 643 du code de commerce n'a pas abrogé les règles préexistantes de la procédure commerciale. Ces règles subsistent et doivent être seules appliquées, si elles ne sont incompatibles avec l'innovation que l'article 643 introduit. Or ce texte ne mentionne pas l'article 162, c'est donc l'article 438 qui détermine le délai dans lequel doit être réitérée l'opposition au jugement par défaut faute de comparaître.

Une difficulté d'une autre nature, plus grave en apparence, se présente lorsqu'on veut concilier le principe consacré par l'art. 438 avec la règle qui impose l'obligation de former opposition dans un délai de huitaine, règle qui subsiste encore et qu'il faut appliquer aux jugements par défaut faute de plaider ou conclure.

Que l'observation du délai de huitaine, imposé par l'article 436, doive se combiner avec le droit conféré par l'article 438 de former opposition sur les actes de poursuite, c'est ce qui n'est pas douteux, car les deux dispositions se rattachent au système primitif qui n'admettait, relativement à l'opposition, nulle différence entre les jugements par défaut, quelle que fût leur nature. Art. 438.

Cependant quelques auteurs ont cru trouver une antinomie entre les articles 436 et 438 (1). Suivant eux, il y a contradiction flagrante à dire que l'opposition n'est plus recevable après la huitaine de la signification, lorsqu'en même temps la loi permet de faire opposition à l'instant de l'exécution, ce qui implique des délais bien plus prolongés, puisque l'exécution peut être faite même après la huitaine de la signification. L'antinomie n'est qu'apparente, et la conciliation des textes n'exige aucun effort. Prétendre que le défaillant, contre qui l'exécution serait poursuivie, peut même après la huitaine déclarer son opposition, ce serait évidemment violer l'article 436. Seulement, dans

(1) Notamment M. Carré, Lois de la procédure, sur l'art. 436, n° CCCLXII, et M. Poncet, Traité des jugements, tome 1, n° 207.

Art. 438. le cas de l'exécution commencée, la loi, sans modifier les délais de l'opposition, permet au défaillant de recourir à des formes plus simples et plus rapides que les formes habituelles et régulières indiquées par l'article 437. Mais soit que l'opposition ait lieu par assignation, conformément à l'article 437, soit qu'elle consiste dans une simple déclaration, conformément à l'article 438, elle ne sera dans l'un et l'autre cas recevable que pendant la huitaine de la signification du jugement. L'exécution commencée après cette huitaine ne peut plus être arrêtée par une opposition tardive.

Ce droit accordé par le législateur de former opposition par une simple déclaration sur les procès-verbaux d'exécution est une conséquence nécessaire du principe que les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce sont exécutoires un jour après la signification et jusqu'à l'opposition (1). Il fallait un remède qui pût arrêter sur-le-champ le préjudice qui naîtrait d'une exécution immédiate.

(1) C'est ce qui explique pourquoi le législateur n'a pas dû accorder la même faculté lorsqu'il s'agit des jugements par défaut rendus contre avoué, car l'exécution de ces jugements est suspendue pendant toute la durée des délais d'opposition ; code de procédure, art. 155.

Mais cette opposition ainsi déclarée doit être réitérée dans les trois jours par un exploit contenant assignation. De sorte que si l'exécution poursuivie un jour après la signification est arrêtée par une opposition sur le procès-verbal de l'huissier, l'opposant n'aurait, pour la réitérer dans les formes légales, qu'un simple délai de trois jours, et non le délai qui reste à compléter de la huitaine commencée. MM. Rodière et Chauveau sont d'avis que le délai de huitaine, à partir de la signification du jugement, ne peut jamais être restreint par les actes d'exécution qui auraient lieu dans ce délai (1). C'est une erreur; il ne s'agit pas en effet d'une opposition à former, mais d'une opposition à régulariser : or la loi n'accorde que trois jours au défaillant pour donner à son opposition la forme légale qui lui manque; ce délai passé, le défaillant est présumé renoncer à sa manifestation restée incomplète. — Supposez que l'exécution ait été consommée avant l'expiration du délai de huitaine, sans opposition de la part du défaillant, celui-ci pourrait-il se prévaloir, pour attaquer le jugement, du temps

Art. 438.

(1) M. Rodière, tome 2, p. 282; M. Chauveau, Lois de la procédure, question 1546. Ce dernier auteur cite plusieurs arrêts dans le sens de son opinion.

Art. 438. qui reste encore jusqu'au terme légal? Non, car son silence est un acquiescement au jugement qui le condamne. — Ne faut-il pas admettre une solution semblable lorsque l'opposition déclarée n'a pas été réitérée? La déclaration faite lors des poursuites *est censée non avenue;* mais elle reste du moins comme un acte duquel il résulte que le défaillant a eu connaissance de l'exécution du jugement (1); ce qui suffit, aux termes de l'article 159, pour qu'il soit non recevable à former une opposition qui ne peut plus se rattacher à sa déclaration primitive (2).

Il peut arriver à l'inverse que le délai de trois jours, pour réitérer l'opposition, s'ajoute au délai ordinaire de l'article 436. Si par exemple l'exécution était poursuivie le dernier jour de la huitaine, à compter de la signification du

(1) Peu importe que l'exécution ne soit pas complète; car, lorsque la loi se contente d'un acte duquel il résulte que le défaillant a eu connaissance de l'*exécution*, elle n'a pas entendu parler de l'*exécution* définie par la première partie de l'article 159; autrement quelle serait la valeur de l'acte prouvant la connaissance d'une exécution qui, par elle-même, serait légalement présumée connue?

(2) Sur cette question on peut consulter la dissertation de M. Boncenne, tome 3, p. 103 et suiv.

jugement, la partie qui ferait son opposition ART.
par déclaration sur les actes de poursuites au- 438.
rait pour la réitérer un délai de trois jours en dehors de la huitaine expirée.

Le délai de huitaine pour former opposition 436.
au jugement par défaut faute de conclure n'est pas franc, c'est-à-dire que le jour de l'assignation contenant opposition est compris dans le délai; seulement le jour de la signification qui fait courir le délai ne doit pas être compté.

Mais ce délai doit-il s'augmenter à raison des distances? Au premier aperçu l'affirmative semble certaine; en effet l'opposition doit être signifiée à personne ou domicile. Ici l'on ne peut appliquer le même raisonnement qu'aux jugements par défaut rendus faute de conclure par les tribunaux ordinaires (1) : les avoués sont toujours assez rapprochés l'un de l'autre pour que l'échange de leurs actes puisse se faire sans retard; souvent il n'en est pas ainsi des parties qui figurent dans une instance commerciale.

Cependant il me semble que tel n'est pas l'esprit de la loi, et que les formalités qu'elle impose, les précautions qu'elle a prises lors-

(1) V. tome 3, p. 158.

Art. 436. qu'elle a réglé le mode de signification du jugement, excluent la nécessité d'une augmentation de délais. Remarquez en effet que cette signification doit toujours contenir élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. Le défaillant a donc un moyen facile de notifier son opposition, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter au délai de huitaine un supplément à raison de la distance qui le sépare du domicile réel du demandeur; c'est en vue de la notification de l'exploit d'opposition au domicile élu, que la loi a réglé les délais du recours; c'est un vœu qu'elle exprime, un principe qu'elle pose, en disant que l'opposition sera signifiée au domicile élu dans la signification du jugement (1).

438. Toutefois il ne faudrait pas décider de la même manière relativement au délai de trois jours accordé pour réitérer par assignation l'opposition déclarée sur les actes de poursuites, soit

(1) La signification du jugement sera d'ailleurs presque toujours faite dans le lieu du domicile réel du défaillant. Sans doute le jugement par défaut peut être signifié au domicile élu par le défaillant ou au greffe, s'il a comparu à la première audience; mais cela n'arrivera que fort rarement, car, le jugement devant être signifié par un huissier commis, le tribunal indiquera l'huissier de l'arrondissement où le défaillant est domicilié.

qu'il s'agisse d'un défaut faute de comparaître ou Art.
d'un défaut faute de conclure. La raison de dif- 438.
férence, c'est que l'exécution peut être poursuivie dans un lieu plus ou moins éloigné de la commune où la signification du jugement a été faite, et dans laquelle le demandeur a dû faire élection de domicile. Je crois donc qu'il faut ajouter le délai des distances aux trois jours dans lesquels l'opposition doit être réitérée (1). Ce délai sera calculé, non sur la distance qui sépare le domicile du défaillant et le domicile *réel* du demandeur, mais sur l'éloignement entre le domicile du défaillant et le domicile *élu* par le demandeur dans la signification du jugement, car il est dans le vœu de la loi, comme je l'ai déjà dit, que l'opposition soit signifiée à ce domicile élu ; et si l'on doit considérer l'opposition comme valable lorsqu'elle est signifiée au domicile réel, parce que le défaillant est libre de renoncer au droit qui lui est conféré, il ne peut cependant se faire, de la signification au domicile réel, un moyen d'augmenter les délais, parce que la signification au domicile élu est aussi introduite dans l'intérêt du demandeur, en tant qu'elle aurait

(1) V. Locré, Esprit du code de procédure, p. 177, § 2.

Art. 438. pour résultat d'abréger les délais et d'accélérer le jugement de l'opposition (1). C'est ainsi que je m'explique ces expressions de l'article 437 : L'opposition *sera signifiée* au domicile élu.

Par cette explication on repousse une objection qui naît du texte de l'article 584 du code de procédure; cette objection pourrait se formuler ainsi : Si l'on refuse d'ajouter à la huitaine de l'opposition le délai des distances, par le motif que la signification, qui fait courir le délai de l'opposition, contient une élection de domicile dans la commune où le jugement est signifié, pourquoi donc ajouter le délai des distances aux trois jours dans lesquels l'opposition doit être réitérée, puisque le commandement, ·précurseur des actes de poursuites qui font courir le délai de trois jours, doit également contenir élection de domicile dans la commune où se fait l'exécution ? — Je réponds que l'élection de domicile n'a pas, dans les deux cas, le même but et la même importance. L'élection de domicile, dans la signification du jugement, est prescrite à peine de nullité; l'ar-

(1) Il résulte de là que, si l'exécution est poursuivie dans le lieu où a été signifié le jugement par défaut, les trois jours pour réitérer l'opposition ne peuvent recevoir d'augmentation de délais.

ticle 584 ne prononce pas cette peine. L'art. 437 Art.
dit que l'opposition *sera signifiée* au domicile 438.
élu dans la signification; c'est donc à ce domicile qu'il faut exclusivement s'attacher pour résoudre les questions de distance; l'art. 437 constitue le droit commun en matière d'opposition aux jugements par défaut rendus par les tribunaux commerce. L'article 584 dit que le débiteur *pourra* faire, au domicile élu dans les actes de poursuites, toutes significations; c'est donc une faculté introduite exclusivement en sa faveur, et ce domicile ne doit pas entrer en considération pour les questions de distance, parce que la partie poursuivie est libre de revenir au droit commun s'il lui présente plus d'avantages.

On a vu l'ensemble des règles empruntées 155.
aux divers titres du code qui régissent l'une et l'autre classe de jugements par défaut. J'examine maintenant une question qui divise les auteurs et la jurisprudence, et que le silence gardé par le législateur a fait naître. Il s'agit de savoir si, dans les matières commerciales, les juges, en conformité de l'article 153 du code de procédure, doivent rendre un jugement de *défaut joint* lorsque de deux ou plusieurs par-

ART. 153. ties assignées, l'une comparaît, l'autre fait défaut.

On sait le motif qui a déterminé les rédacteurs du code à imposer l'obligation de réassigner le défendeur non comparant; l'unité de la cause est ainsi conservée, et le jugement prononcé après la réassignation étant réputé contradictoire vis-à-vis toutes parties, on évite le danger de voir morceler le débat par des oppositions qui pourraient amener, dans le cours de la même instance, une regrettable contrariété de jugements successifs (1). Ces motifs, il faut bien le reconnaître, ont la même valeur, quelle que soit la juridiction où l'hypothèse prévue se produit. Cependant il ne me paraît pas douteux que le législateur a entendu exclure de la procédure commerciale l'application de l'article 153.

Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que le code de procédure avait organisé, pour les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, un système complet, qui, dans la plupart de ses dispositions, s'éloignait du système introduit pour les tribunaux ordinaires. Chose remarquable, la formalité de la réassignation, qui n'était pas écrite dans l'or-

(1) V. tome 3, p. 35.

donnance, avait trouvé, dans la pratique d'un grand nombre de tribunaux consulaires, une persévérante application que l'arrêt de 1668 avait d'ailleurs sanctionnée (1). Certes, si les rédacteurs du code eussent voulu appliquer à la procédure commerciale la règle du défaut joint, ils étaient suffisamment en demeure. A l'époque de la rédaction du code, la réassignation était, devant le plus grand nombre des tribunaux de commerce, une règle applicable à tous les cas, soit qu'un seul des défendeurs, soit que tous les défendeurs eussent fait défaut à la première audience. Il ne s'agissait donc, en maintenant la règle, que de la restreindre à l'hypothèse où l'un des défendeurs fait défaut, tandis que l'autre comparaît. Or le législateur a cru devoir s'en tenir au texte de l'ordonnance qui proscrivait formellement les réassignations; le système qn'il a préféré est celui que l'on observait dans le ressort du parlement de Toulouse, à part les abus que la pratique avait introduits.

ART. 153.

Ce système excluait toutes les innovations que déjà l'on avait décrétées à propos des jugements par défaut rendus par les tribunaux ordinaires, la péremption de six mois, les

(1) V. *suprà*, p. 326.

Art. 153. effets de l'exécution relativement au droit d'opposition, et la nécessité de la réassignation dans le cas prévu par l'article 153.

L'article 643 du code de commerce a fait disparaître une partie de ces différences. Il a introduit dans la procédure commerciale les dispositions qui régissent, en matière civile, les jugements par défaut faute de comparaître; mais il garde le silence sur la disposition de l'article 153. J'ai dit que cette disposition était en dehors du système primitif, elle est restée en dehors du système modifié. — Veut-on un motif à cette exclusion? je le trouverai dans la célérité de la procédure commerciale, qui serait compromise par les délais de la réassignation. Ajoutons que la solidarité des codébiteurs est écrite dans la loi pour la plupart des transactions commerciales, et que le demandeur aura plus d'intérêt à obtenir sans retard jugement pour la totalité contre celui des débiteurs qui comparaît, qu'à faire prononcer contre tous, après les délais de la réassignation, un jugement à l'abri de l'opposition.

En matière commerciale, un jugement peut donc être à la fois contradictoire à l'égard de l'une des parties, par défaut à l'égard de l'autre, qui, dans ce cas, aura le droit de se

pourvoir par opposition. — Sur la question que j'ai voulu résoudre, la jurisprudence a montré quelque hésitation. On lit dans un arrêt de la cour de cassation, « qu'aucune disposition du code de procédure, ni du code de commerce, n'impose aux tribunaux jugeant commercialement *le devoir rigoureux* de se conformer à ce que prescrit l'article 153, relativement aux défauts joints au fond en matière civile (1). » On a tiré de là cette conséquence que les tribunaux de commerce peuvent ordonner la réassignation, mais qu'ils n'y sont pas obligés (2). Ils le peuvent sans doute, s'il est vrai qu'un juge puisse autoriser une procédure inutile et frustratoire; mais alors cette formalité de la réassignation, qui n'est pas écrite dans la loi spéciale que les juges doivent seule appliquer, n'enlèvera pas à la partie défaillante le droit de se pourvoir par opposition contre le jugement prononcé après qu'elle a été réassignée.

Art. 153.

Je termine mes explications sur la procédure spéciale aux jugements par défaut en faisant remarquer que les jugements *de déclaration de*

(1) Arrêt du 26 mai 1829; Dalloz, 29, 1, 252.

(2) V. les arrêts cités dans le Dictionnaire de procédure de Bioche, v° tribunal de commerce, n° 103.

Art. *faillite* ne sont pas soumis à ces règles. Ils sont régis par une disposition exceptionnelle, celle de l'article 580 du code de commerce : « Le jugement déclaratif de la faillite et celui qui fixera à une date antérieure l'époque de la cessation de payements seront susceptibles d'opposition de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois. Ces délais courront à partir des jours où les formalités de l'affiche et de l'insertion énoncées dans l'article 442 auront été accomplies. » C'est donc un délai préfix qui limite dans tous les cas le droit d'opposition, et c'est la publicité de l'affiche et de l'insertion dans les journaux qui remplace la signification et les actes d'exécution destinés, dans les cas ordinaires, à mettre le défaillant en demeure de former son opposition.

459. Il ne reste plus, pour compléter cet aperçu de la procédure commerciale, qu'à faire l'examen des règles qui se rapportent à l'exécution des jugements.

Notre ancienne législation avait entouré d'une faveur toute spéciale les jugements commerciaux quant à l'étendue de leur puissance

exécutoire ; en un point surtout qui présentait autrefois une haute importance, et qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, parce que la faveur de l'exception est devenue un principe de droit commun. Les jugements des consuls avaient en effet le privilége d'être exécutoires dans tout le royaume sans *visa* ni *pareatis* (1). On a même des exemples, dit un ancien auteur, que les sentences des juges-consuls de France ont été exécutées dans les pays étrangers, à la faveur des lettres rogatoires et de la probité que toutes les nations ont intérêt à maintenir dans le commerce (2). Ce privilége, écrit dans les lettres patentes de 1349, pour la juridiction des gardes des foires de Brie et de Champagne (3), fut étendu, par des lettres patentes ou des arrêts du conseil, à la juridiction du conservateur des priviléges des foires

ART. 439.

(1) Il y avait d'autres décisions judiciaires qui participaient au même privilége : tels étaient les arrêts du grand conseil ; les sentences des juges d'église, édit de 1695, art. 44; les décrets en matière criminelle, et les jugements en ce qui concernait *l'exécution de la peine*, ordon. de 1670, tit. 10, art. 12, et tit. 25, art. 15.

(2) Nicodême, Exercice des commerçants, p. 15.

(3) Lettres patentes de Philippe de Valois de l'an 1349, art. 36.

Art. 439. de Lyon (1), puis confirmé en faveur de la Bourse de Toulouse (2), et des prieur et consuls de Rouen (3). Dire tous les détours et les subterfuges auxquels recouraient les juges ordinaires pour mettre obstacle à l'exécution des sentences commerciales serait chose presque superflue, et qu'attesterait d'ailleurs l'intervention réitérée de l'autorité royale. L'édit de 1563, en organisant la juridiction consulaire, n'oublia pas de consacrer ce privilége des juridictions du commerce (4). Les juges ordinaires n'en persistèrent pas moins dans leurs résistances ; il fallut multiplier encore les lettres patentes, les déclarations et les édits (5), pour réprimer ces rébellions qui soulevaient l'indignation de Toubeau, l'ancien prévôt des marchands de la ville de Bourges : « Nous

(1) Arrêt du conseil du 15 septembre 1542.

(2) Lettres patentes du mois de mai 1551.

(3) Lettres patentes du 3 octobre 1563.

(4) Art. 8.

(5) Voyez la déclaration du 28 avril 1565, les lettres patentes du 24 août 1566 pour les consuls de Bourges, les lettres de jussion pour le parlement de Toulouse du 20 septembre 1578, la déclaration du 4 octobre 1611, le règlement pour les présidiaux et les prévôts des marchands de la ville de Lyon du 3 décembre 1668, et l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 15.

voyons, dit-il, tous les jours, en France, ce qui ne se souffre pas en Turquie, des chicanes épouvantables contre l'exécution de nos jugements; on obtient par importunité l'interposition d'un juge ordinaire des lieux, et cent autres détours et subterfuges que l'on invente pour cela (1). » Art. 439.

L'article 546 du code de procédure a fait à tous les jugements, sans distinction, l'application de la règle exceptionnelle qui constituait un privilége en faveur des sentences consulaires. Aujourd'hui les jugements rendus et les actes passés en France sont exécutoires dans tout le royaume, sans *visa* ni *pareatis*, encore que l'exécution ait lieu hors du ressort du tribunal par lequel les jugements ont été rendus ou dans le territoire duquel les actes ont été passés (2).

Mais, indépendamment de ce privilége effacé par l'extension même qu'il a reçue de la législation nouvelle, les jugements consulaires se

(1) Institutes du droit consulaire, p. 349.

(2) Déjà la loi du 29 septembre 1791, tit. 1, sect. 2, art. 13, et celle du 25 ventôse an XI, art. 19, avaient déclaré les actes des notaires exécutoires dans tout le royaume.

Art. 439. trouvaient encore, sous deux autres points de vue, en dehors de la règle ordinaire.

Les consuls statuaient en dernier ressort jusqu'à la somme de cinq cents livres (1); tandis que la compétence des présidiaux ne s'étendait en dernier ressort que jusqu'à deux cent cinquante livres. L'esprit de chicane, favorisé par l'hostilité des juridictions ordinaires contre l'institution des consuls, imagina cependant plus d'un moyen d'éluder l'application des dispositions formelles de l'édit. On obtenait, dans les chancelleries, *des lettres de relief d'appel*, ou bien on présentait requête au parlement qui baillait commission pour faire appeler les parties. Afin de déguiser cette violation flagrante des dispositions prohibitives de l'édit, les parties dans leur requête, les juges supérieurs ou les officiers de chancellerie dans les commissions ou lettres octroyées, avaient soin de ne point indiquer les sommes

(1) V. ordonnance de 1563, art. 8. — Un édit du mois de mai 1664 prorogea jusqu'à mille livres leur compétence en dernier ressort pour les contestations relatives au commerce des Indes. Un autre édit du mois de juin 1725, art. 19, étendit leur compétence en dernier ressort pour ces contestations spéciales, jusqu'à la somme de quinze cents livres.

pour lesquelles la sentence des consuls avait été rendue. De nombreux arrêts du conseil et des déclarations du roi essayèrent de mettre un terme à cet abus : « Et afin que par la malice des parties appelantes les juges ne fussent surpris, défenses sont faites de signer ou expédier aucuns desdits reliefs d'appel de sentences desdits juges et consuls, s'il n'appert de l'extrait de leur sentence *excédant la somme de cinq cents livres*, suivant l'édit, à peine de nullité (1). » — Mais les plaideurs s'ingénièrent encore à trouver quelque autre moyen d'éluder ces prohibitions et de rendre illusoire la souveraineté des consuls. On imagina *le chef d'incompétence*, et, à la faveur de ce prétendu grief, la partie faisait recevoir son appel. L'appel étant recevable de ce chef, on trouvait presque toujours dans l'esprit d'envahissement des juridictions souveraines de grandes facilités pour soumettre à leur examen le fond du procès, jugé cependant en dernier ressort par les consuls (2).

ART. 439.

(1) Déclaration du 31 janvier 1567, donnée sur la requête des consuls de Clermont. V. aussi les lettres patentes du 16 juillet 1610, en faveur des consuls de Bordeaux ; arrêt du conseil du 17 mars 1618, en faveur des prieur et consuls de Rouen.

(2) V. Nicodème, Exercice des commerçants, p. 14.

ART. 439. Aujourd'hui les tribunaux de commerce ont une juridiction égale à celle des tribunaux ordinaires jugeant en matière personnelle et mobilière. Les uns et les autres jugent en dernier ressort toutes les demandes dont le principal n'excède pas la somme de quinze cents francs (1).

Enfin les sentences des consuls sur une demande dont la valeur excédait cinq cents livres étaient exécutoires nonobstant oppositions ou appellations quelconques (2). En d'autres termes, l'appel de ces sentences n'avait pas d'effet suspensif.

C'était une dérogation aux règles ordinaires. L'exécution provisoire nonobstant appel n'avait lieu devant les juridictions civiles que pour les sentences rendues en matière sommaire, et moyennant caution ; encore fallait-il, dans la plupart des cas, que la condamnation n'excédât pas une somme déterminée (3), tandis que les sentences des consuls étaient exécutoires par provision, quelle que fût l'élévation du chiffre de la condamnation prononcée, et sans fournir caution.

(1) Code de commerce, art. 639 (loi du 3 mars 1840).

(2) Ordonnance de 1563, art. 9.

(3) Ordonnance de 1667, tit. 17, art. 12, 13, 14, 15.

Il est vrai que cet esprit d'indépendance et de domination, que nous avons rencontré plus d'une fois dans les juridictions ordinaires, se manifestait encore ici par des tendances diverses, quoique nées d'une même cause. — D'un côté, ces juridictions, s'affranchissant des règles qui leur étaient imposées, prononçaient, hors les cas prévus par la loi, et comme si cette clause eût été de style, l'exécution provisoire de leurs propres sentences : « Ce qui fait, disait l'avocat général Denis Talon, que les sujets du roi souffrent souvent de très-grandes vexations, par ces exécutions provisoires, toujours précédées d'une réception de caution qui engage ceux qui font des poursuites de cette nature dans des frais inutiles, et dont pour l'ordinaire les juges seuls et leurs greffiers recueillent de l'émolument (1). » — D'un autre côté, les juges ordinaires ne se faisaient pas faute de restreindre, par des entraves multipliées, le privilége illimité des sentences consulaires. Dans plusieurs parlements, dans celui

ART. 439.

(1) Sur ces réquisitions intervint un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 7 décembre 1689, portant défenses à tous juges du ressort d'ordonner l'exécution provisoire de leurs sentences pendant l'appel, sinon dans les cas portés dans les ordonnances.

Art. 439. de Toulouse notamment, il était reçu que l'exécution provisoire de ces sentences ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'un arrêt du parlement obtenu sur requête et *en donnant caution* (1). Ailleurs on sollicitait des arrêts de défenses en vertu desquelles l'exécution était suspendue tant que durait l'instance d'appel. Enfin, dans la mercuriale du parlement de Paris, du 29 janvier 1658, il fut arrêté « que les consuls *pourraient ordonner* qu'il sera passé outre à l'exécution de leurs jugements nonobstant et sans préjudice de l'appel, et que pour ôter tout prétexte aux fraudes que l'on pourrait faire au contraire, ils seront tenus, en rendant leurs jugements *de nonobstant appel*, d'insérer en iceux *la raison pour laquelle ils jugeront nonobstant appel.* » — C'était un moyen détourné de se réserver l'appréciation des motifs et d'arrêter l'exécution, sous prétexte notamment de l'incompétence des consuls.

Les textes des ordonnances étaient donc bien plus favorables à l'exécution des sentences consulaires que ne l'était la jurisprudence des parlements. D'un côté les textes attachaient la

(1) Merlin, Répertoire, v° consuls des marchands, § 5, n° 18.

faveur de l'exécution provisoire à la sentence des consuls, alors même qu'ils ne l'auraient pas ordonnée; tandis que la jurisprudence parlementaire exigeait qu'ils insérassent dans leur sentence la clause d'exécution nonobstant appel et la raison pour laquelle ils l'avaient prononcée. D'un autre côté les textes n'exigeaient pas de la partie poursuivante la présentation d'une caution (1); dans plusieurs parlements on l'y soumettait au contraire. Art. 439.

Cet aperçu des conflits autrefois existants entre la jurisprudence et la loi ne sera pas inutile pour l'intelligence des dispositions nouvelles que je vais maintenant exposer.

La loi du 24 août 1790 est le premier texte qui résume la législation antérieure, modifiée par les enseignements de l'expérience. L'article 4 du titre 12 déclara tous les jugements des tribunaux de commerce exécutoires par provision nonobstant l'appel, en donnant caution, à quelque somme ou valeur que les con-

(1) L'édit du mois de janvier 1718, portant établissement d'un consulat à Valenciennes, soumettait, dans son article 18, la partie qui poursuivait l'exécution pendant l'appel à fournir caution. Cette disposition ne se rencontre pas dans les autres édits.

Art. 439. damnations pussent monter.—L'exécution provisoire était donc une conséquence légale attachée à ces jugements, sans qu'il fût nécessaire qu'elle eût été prononcée par le juge. C'était la reproduction de la règle écrite dans l'article 9 de l'ordonnance de 1563, sauf l'obligation de fournir caution, que l'ordonnance n'avait pas imposée, mais que la jurisprudence avait introduite.

Le code de procédure a jeté sur l'application actuelle de cette disposition si précise l'ombre d'une incertitude ; et la rédaction de l'art. 439 a presque transformé en une difficulté grammaticale la question relative à l'exécution provisoire des jugements commerciaux : « Les tribunaux de commerce *pourront ordonner l'exécution provisoire* de leurs jugements nonobstant l'appel et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y aura point appel : dans les autres cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. »

Sur ce texte les interprètes se sont divisés. On s'en est pris aux mots, à la construction plus ou moins correcte d'une phrase équivoque; le texte a été isolé des précédents qui l'inon-

daient de lumière, et l'on n'a même pas tenu compte des éléments de discussion que présentent le rapprochement et la combinaison des dispositions éparses de nos codes. Les raisonnements qui tendent à justifier que l'exécution provisoire n'est pas attachée de plein droit aux jugements des tribunaux de commerce peuvent se résumer ainsi : L'article 439 dit que les tribunaux *pourront ordonner* l'exécution provisoire de leurs jugements, donc l'exécution provisoire est simplement facultative; la seule distinction à faire serait celle-ci : dans certains cas l'exécution provisoire peut être ordonnée sans caution; dans les autres, il y a nécessité de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante. ART. 439.

On verra bientôt que cette opinion présenterait le grave inconvénient de briser tout accord dans l'ensemble des dispositions qui régissent les sentences commerciales; mais il convient d'examiner si les rédacteurs du code ont voulu édifier un nouveau système à la place de celui qu'avait emprunté à nos anciennes ordonnances le législateur de 1790.

En même temps que l'on rédigeait le code de procédure, une commission s'occupait de la rédaction d'un projet du code de commerce.

Art. 439. Dans ce projet une disposition se rencontrait sur l'exécution provisoire, disposition entièrement conforme à l'article 4 du titre 12 de la loi de 1790 (1) : c'était l'exécution provisoire de plein droit à la charge de fournir caution. Les règles relatives aux formes judiciaires destinées à prendre place dans le code de commerce furent transportées dans le code de procédure, parce qu'elles se rattachaient d'une manière plus spéciale à l'ensemble des dispositions qu'il contient (2). Les projets des deux codes présentaient d'ailleurs, quant aux formes de procéder, une grande similitude. On trouvait cependant, entre autres différences, celle qui apparaît à la lecture de l'article 439. Si cette différence tenait au principe même de l'exécution provisoire abandonnée désormais à l'arbitraire du juge, il est difficile de comprendre comment, lors de la discussion du code de procédure, aucune voix ne s'est élevée pour signaler cette innovation ou pour la combattre, en présence d'une législation existante à laquelle on aurait dérogé, et d'une rédaction

(1) C'était l'art. 471 du projet de code de commerce.

(2) V. la discussion qui s'éleva sur ce sujet au conseil d'État; Locré, Esprit du code de procédure, tome 2, p. 82 et suiv.

rivale qui posait une règle contraire. Le silence Art.
s'explique si la différence ne portait que sur un 439.
point accessoire sans compromettre le principe.

Objectera-t-on que ce système, s'il n'avait pas de précédents dans la législation antérieure, en avait au moins dans la jurisprudence, puisque, d'après le règlement du 29 janvier 1658, l'exécution provisoire devait être ordonnée et même motivée par les consuls? Je répondrais que ces abus de la puissance parlementaire n'avaient d'autre objet que d'entraver l'exécution des sentences consulaires et de fournir l'occasion de fulminer des défenses à l'exécution ordonnée, sous prétexte d'incompétence ou sous tout autre motif. Ces décisions arbitraires n'empêchaient pas les auteurs de placer les sentences des consuls au nombre de celles qui sont exécutoires nonobstant appel, *sans que le jugement le porte* (1). Certes le législateur moderne n'entendait pas favoriser le retour de semblables abus, et c'est pour les proscrire que l'article 647 du code de commerce défend aux cours royales de surseoir sous aucun prétexte à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

(1) Ce sont les expressions de Rodier, sur l'art. 13 du tit. 17 de l'ordonnance de 1667.

Art. 439. En comparant la première partie de l'article 439 avec le texte de l'article 135 de notre code, on s'explique facilement l'intention véritable du législateur. D'après l'article 135, les juges civils doivent ordonner l'exécution provisoire *sans caution* dans certains cas déterminés; or, en imposant la nécessité de fournir caution pour l'exécution provisoire de tous les jugements de commerce, même dans les hypothèses où le juge ordinaire doit en exempter la partie, on aurait brisé, au préjudice des intérêts commerciaux, l'unité de vues et l'analogie de dispositions entre les règles des deux juridictions, sans qu'il y eût un motif suffisant de consacrer une différence aussi tranchée. La première partie de l'article 439 n'a donc pas pour objet de permettre aux juges d'ordonner l'exécution provisoire, mais de dispenser de fournir caution dans les cas qu'il détermine (1). Quant au principe général applicable à toutes les hypothèses, il se trouve dans la seconde partie de l'article : l'exécution provisoire n'*aura lieu* qu'à la charge de donner caution; ces mots : *l'exécution provisoire aura lieu*, indiquent évidemment une conséquence légale indépendante de la déclaration du juge. Tout

(1) V. *infrà*, p. 385.

s'explique ainsi : Il n'y a de facultatif pour le juge que la dispense de caution dans les hypothèses prévues. Quant à l'exécution provisoire, *elle a lieu* de plein droit sans qu'il soit nécessaire de la prononcer. ART. 439.

Cette doctrine est la seule qui permette de rattacher à l'ensemble d'un système les dispositions qui régissent les sentences commerciales. En suivant l'opinion contraire on se heurte à chaque pas contre des écueils.

Comment expliquer, par exemple, la disposition de l'article 425, qui permet aux juges de commerce de statuer par un même jugement sur l'incompétence proposée et sur le fond du procès? Est-il nécessaire, pour l'application de ce texte, que le juge prononce l'exécution provisoire du jugement par lequel, en se déclarant compétent, il ordonne de plaider au fond? Non, c'est un principe général qui s'explique naturellement si l'on reconnaît que l'appel n'est jamais suspensif en matière commerciale; qui n'est plus qu'une règle arbitraire si les jugements commerciaux ne sont pas exécutoires de plein droit.

L'article 449 du code de procédure ne permet pas d'interjeter appel avant l'expiration de la huitaine qui suit la prononciation du jugement,

Art. 459. à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement exécutoire par provision. L'article 645 du code de commerce permet d'interjeter appel le jour même de la prononciation. Tous les jugements des tribunaux de commerce se trouvent ainsi placés dans l'exception indiquée par l'art. 449; ils sont donc de plein droit exécutoires par provision, car l'article 645 ne distingue pas entre ces jugements, suivant qu'ils contiennent ou qu'ils ne contiennent pas de disposition expresse sur l'exécution provisoire.

L'article 459 du code de procédure permet aux juges d'appel d'accorder des défenses pour suspendre l'exécution dans le cas où les premiers juges l'ont ordonnée à tort. L'art. 647 du code de commerce défend aux cours royales, à peine de nullité et même des dommages et intérêts des parties, de surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce, quand même ils seraient attaqués d'incompétence. C'est donc apparemment que l'exécution provisoire n'est pas abandonnée à la discrétion du juge, mais qu'elle est inhérente au jugement comme l'empreinte du sceau de la juridiction qui l'a rendu.

Toutes ces inductions, tirées des textes, conduisent à la même conséquence : l'exécution

provisoire est de droit; la dispense de caution, lorsqu'elle est facultative, doit seule être exprimée dans le dispositif du jugement (1). Art. 439.

On a dû remarquer que dans le texte de l'article 439 il n'est question que de l'exécution provisoire *nonobstant appel.* La loi est muette en ce qui concerne l'exécution provisoire *nonobstant opposition.* Est-ce un oubli? Le législateur, au contraire, a-t-il entendu que l'opposition serait toujours suspensive? Je penche pour ce dernier avis.

Lorsque l'article 439 a été rédigé, le législateur avait sous les yeux la disposition de l'article 135, à laquelle il a fait un emprunt. L'article 135 parle de l'exécution provisoire sans distinguer entre le jugement frappé d'appel et le jugement attaqué par opposition. C'est donc intentionnellement que le rédacteur de l'article 439 a établi dans le texte la restriction qu'on y rencontre. L'article 155, relatif aux jugements par défaut, permet expressément aux juges d'ordonner l'exécution provisoire non-

(1) La jurisprudence paraît aujourd'hui fixée dans ce sens. V. le Dictionnaire de procédure de Bioche, v° tribunal de commerce, n° 126.

Art. 439. seulement dans les cas prévus par l'article 135, mais encore dans tous les cas où il y aurait péril en la demeure. L'article 435 pose au contraire en principe que l'opposition suspend l'exécution, sans conférer aux juges le droit d'ordonner l'exécution provisoire.

Objectera-t-on que les règles de la procédure ordinaire doivent être étendues, dans le silence de la loi spéciale, à la procédure des tribunaux de commerce? Ce principe est vrai, mais il cesse d'être applicable lorsque le législateur a pris soin d'établir un ensemble de dispositions destinées à régir les hypothèses déjà prévues par la loi genérale. C'est ce qu'il a fait pour les jugements par défaut des tribunaux de commerce, c'est ce qu'il a fait pour l'exécution provisoire. Il y a dérogation à la loi générale quant aux dispositions qui n'ont pas trouvé place dans cet ensemble (1).

(1) M. Nouguier (Tribunaux de commerce, tome 3, p. 113) prétend que l'article 643 du code de commerce, en déclarant applicable aux sentences commerciales l'article 149, leur rend également applicable la dernière disposition de cet article, portant que l'opposition suspend l'exécution, si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition.—Mais cet argument ne prouve rien, puisque, la disposition se référant au cas où l'exécution provisoire a pu être ordonnée, il faudrait démontrer que les

On s'étonnera peut-être que, les matières commerciales présentant au plus haut degré le caractère de l'urgence, l'exécution provisoire ne puisse être ordonnée nonobstant opposition, tandis qu'elle est de droit en cas d'appel interjeté, et que devant les tribunaux ordinaires elle est permise dans les cas d'urgence nonobstant l'opposition formée. Cet argument aurait une grande force, si l'on ne trouvait dans les textes, en dehors de l'exécution provisoire, des garanties équivalentes qui enlèvent à l'effet suspensif de l'opposition tous les inconvénients qu'il présente devant les tribunaux ordinaires. ART. 439.

En matière civile ce n'est pas seulement l'opposition formée qui suspend l'exécution, c'est l'éventualité de l'opposition. En d'autres termes, tant que n'est pas expiré le délai de l'opposition contre un jugement par défaut faute de plaider, l'exécution ne peut être poursuivie. S'agit-il d'un jugement par défaut faute de comparaître, l'exécution ne peut être poursuivie avant l'expiration d'un délai semblable, c'est-à-dire avant la huitaine de la signification du jugement. — En matière commerciale, au

juges de commerce ont ce pouvoir comme les tribunaux civils.

Art. 439. contraire, le jugement par défaut peut être mis à exécution un jour après la signification, par conséquent avant l'expiration du délai de huitaine, que le code de procédure avait accordé pour former opposition. De sorte que la partie qui obtient un jugement par défaut devant le tribunal de commerce se trouve dans une position bien plus favorable. Il est vrai que l'exécution peut être suspendue, si le défaillant se pourvoit par opposition; mais, si l'on réfléchit à la célérité de la procédure commerciale, on se convaincra facilement que l'exécution provisoire ne présenterait guère d'utilité. — Dans les cas d'urgence, la partie intéressée à faire statuer sans retard sur l'opposition signifiée par son adversaire, ne peut-elle pas, en vertu de l'article 417, obtenir du président une ordonnance pour anticiper sur les délais de l'exploit d'opposition, et assigner l'opposant de jour à jour et d'heure à heure? Ne peut-elle pas obtenir permission de saisir conservatoirement les effets mobiliers de l'opposant, ce qui sera exécutoire nonobstant opposition ou appel? – On le voit, il n'y avait aucun motif de recourir au remède extrême de l'exécution provisoire puisque la célérité de la procédure et les mesures conservatoires suffi-

saient à protéger les intérêts du demandeur originaire (1). ART. 439.

Du reste, si le jugement par défaut était attaqué, non par la voie de l'opposition, mais par la voie de l'appel, on rentrerait dans l'application du texte de l'article 439.

En m'attachant à démontrer le sens légal de l'art. 439, j'ai dit qu'il y avait des hypothèses dans lesquelles le juge pouvait dispenser le poursuivant de fournir caution. C'est l'exception à la règle générale. Cette exception a lieu lorsqu'il y a *titre non attaqué* ou *condamnation précédente dont il n'y a pas eu appel* (2). Ces mots

(1) La jurisprudence ne paraît pas fixée sur cette question; v. Dalloz, Jur. gén., tome 9, p. 753 et suiv. L'opinion que j'ai soutenue est celle de MM. Pardessus, tome 5, n° 1381; Thomine-Desmazures, tome 1, p. 659; Chauveau, Lois de la procédure, quest. 1549 *bis*.

(2) On a déjà remarqué, sans doute, que, d'après l'article 135, le juge *doit* dispenser de la caution lorsqu'il ordonne l'exécution provisoire dans les hypothèses prévues par la première partie de l'article, tandis que c'est une simple faculté que l'article 439 lui confère. Cette différence s'explique si l'on compare les exigences de la loi relativement à la caution judiciaire en matière civile avec les facilités qu'elle accorde en matière commerciale. V. *inf.*, p. 392.

Art. 439. *titre non attaqué* comprennent, dans leur généralité, le titre authentique et le titre sous signature privée; c'est ce que le législateur avait dit d'une manière plus explicite dans l'article 135 : *s'il y a titre authentique* ou *promesse reconnue* (1).

Quant à la seconde hypothèse, elle présente une certaine difficulté d'application. En effet, la disposition qui permet de prononcer l'exécution provisoire, lorsqu'il existe un jugement précédent dont il n'y a pas eu appel, s'applique ordinairement au cas d'une contestation élevée *sur l'exécution* du premier jugement. On conçoit qu'une certaine corrélation existe entre les deux jugements successifs dont l'un détermine le droit des parties, et l'autre prononce sur les difficultés d'exécution du premier. La dispense de caution, en ce qui concerne la mise à exécution provisoire du second jugement, se justifie par l'autorité acquise au premier, dont le second n'est qu'une suite et un corollaire. Mais l'hypothèse dont je viens de parler ne peut pas se présenter devant les tribunaux de commerce, *parce qu'ils ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements* (2). L'application de la règle qui permet de dispenser de la cau-

(1) V. tome 2, p. 561.

(2) V. mes explications sur l'art. 442, *infrà*, p. 396.

tion pour l'exécution provisoire, lorsqu'il existe un jugement précédent dont il n'y a pas eu appel, sera donc infiniment rare, puisqu'elle ne s'appliquera pas au cas le plus ordinaire, c'est-à-dire au cas où il s'agit de statuer sur l'exécution du premier jugement non frappé d'appel. Cependant on trouverait encore des hypothèses auxquelles la disposition serait applicable. — Par exemple, un jugement en matière commerciale a condamné l'une des parties à payer des dommages-intérêts dont il ne contient pas la liquidation, laquelle doit être faite sur l'état qui sera ultérieurement fourni par le demandeur (1). Ce premier jugement n'a pas été frappé d'appel. Le second jugement, qui fixera le montant des dommages-intérêts, rentre dans les prévisions de l'article 439, c'est-à-dire que la dispense de caution pourra être prononcée. Statuer sur la quotité des dommages-intérêts, ce n'est pas connaître de l'*exécution* du premier jugement, c'est compléter ses dispositions et terminer une œuvre qui n'était pas définitivement accomplie (2).

Art. 439.

Mais la dispense de caution ne peut jamais s'appliquer, même dans les cas prévus par

(1) Code de procéd., art. 128.

(2) V. *infrà*, p. 412.

Art. 439. la première partie de l'article 439, lorsque la voie d'exécution à laquelle on veut recourir est la voie tout exceptionnelle de la contrainte par corps que le jugement aurait autorisée (1).

La contraite par corps, suivant notre ancienne jurisprudence, pouvait être exécutée nonobstant l'appel interjeté, lorsque le jugement était exécutoire par provision (2). L'article 2068 du code civil, en déclarant commune à l'exercice de la contrainte par corps la règle qui permet d'exécuter nonobstant appel lorsque l'exécution provisoire est autorisée par le juge ou par la loi, a soumis à une condition cette application de la règle : c'est que celui qui veut exercer la contrainte fournirait caution. Cette condition est exigée même en matière commerciale; car c'est à l'article 2068 du code civil qu'il faut recourir pour légitimer le droit d'employer la voie exceptionelle

(1) La contrainte par corps n'a jamais lieu de droit; elle doit être prononcée par le juge, et seulement dans les cas où la loi l'autorise. V. la loi du 17 avril 1832, art. 1er. — Il en était autrement aux termes de l'art. 5, titre 12 de la loi du 24 août 1790.

(2) Pothier le déclare positivement dans son Traité de la procédure civile, partie 5, chapitre 1, § 3. — M. Duranton dit le contraire (tom. 18, n° 484), mais il n'indique pas d'autorités.

de la contrainte par corps en vertu d'un jugement frappé d'appel; sa disposition ne peut être divisée; c'est un principe général qu'on ne peut invoquer que si l'on se soumet aux conditions qu'il impose. Toutefois il faut observer que la loi commerciale permet au plaideur d'être sa propre caution, en justifiant de solvabilité suffisante; il faut donc, en appliquant l'article 2068, réserver les formes spéciales qui organisent dans les matières de commerce les garanties qu'on a voulu donner au débiteur.

ART. 439.

J'ajoute qu'il faut bien se garder de confondre l'hypothèse dont je viens de parler, celle d'un jugement *en premier ressort* prononçant la contrainte par corps, avec l'hypothèse dans laquelle le juge, statuant en dernier ressort sur le fond, aurait autorisé la contrainte. Dans ce dernier cas, prévu par l'article 20 de la loi du 17 avril 1832, la disposition du jugement relative à la contrainte sera sujette à l'appel, mais cet appel ne sera pas suspensif. Ainsi la contrainte par corps, nonobstant l'appel interjeté de ce chef, sera exécutée en vertu d'un jugement en dernier ressort, sans qu'il soit besoin de fournir caution ou de justifier de solvabilité suffisante.

Art. 439. En dehors des dispositions de l'article 439, il existe des jugements pour lesquels l'exécution provisoire, nonobstant appel, ne peut jamais être subordonnée à la nécessité de fournir caution. Ce sont les jugements qui ne prononcent pas une condamnation, mais qui ordonnent une preuve, une expertise, ou tout autre moyen d'instruction de nature à faire grief à l'une des parties, parce qu'il préjuge le fond du procès; ou les jugements qui, en statuant sur une exception déclinatoire, ordonnent de plaider au fond. Ces jugements sont régis par le principe général de l'article 439, c'est-à-dire qu'ils seront exécutoires par provision, nonobstant appel; mais le juge n'aura même pas à dispenser de fournir caution, car la nature particulière de l'exécution que comportent ces sortes de jugements n'entraîne pas les résultats matériels et les dangers d'une exécution sur les biens ou contre les personnes.

Lorsque la partie n'a pas été dispensée de fournir caution pour l'exécution provisoire d'un jugement portant condamnation, elle doit, avant de passer outre à l'exécution en présence d'un appel interjeté (1), offrir la

(1) Il est évident que l'obligation de fournir caution

caution ou justifier de solvabilité suffisante. Art. 440.

Le poursuivant obligé de fournir caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre des conséquences de l'exécution, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour royale auquel appartient le tribunal de commerce qui a rendu le jugement attaqué. Il faut en outre que la caution soit du nombre des personnes contre lesquelles la contrainte par corps peut être exercée; il s'agit d'un cautionnement judiciaire, et la partie à laquelle est présentée la caution a droit d'exiger qu'elle se soumette à la contrainte par corps (1).

La caution est présentée par acte signifié au domicile de l'*appelant*, s'il demeure dans le lieu où siége le tribunal, sinon au domicile par lui élu en exécution de l'article 422 (2), avec som-

n'est imposée que lorsque l'exécution est poursuivie depuis l'appel interjeté, car on peut exécuter avant l'appel un jugement même non exécutoire par provision. Aussi, dans l'art. 441, la loi dit-elle que la caution sera présentée par acte signifié *à l'appelant*.

(1) Code civil, art. 2018, 2040, 2060; code de proc., art. 519.

(2) Ce qui suppose que la partie avait comparu devant le tribunal de commerce. Si l'appelant avait été condamné par défaut faute de comparaître, l'art. 422

Art. 440. mation à jour et heure fixes de se présenter au greffe pour prendre communication, sans déplacement, des titres de la caution, *s'il est ordonné qu'elle en fournira*, et à l'audience pour voir prononcer sur l'admission en cas de contestation.

441. Si l'appelant ne comparaît pas, ou ne conteste point la caution, elle fait sa soumission au greffe; s'il conteste, il sera statué au jour indiqué par la sommation : dans tous les cas le jugement sera exécutoire nonobstant opposition ou appel.

Mais la solvabilité de la caution ne s'estimera point comme en matière civile, d'après la seule valeur de ses propriétés foncières. L'art. 2019 du code civil établit à cet égard une exception formelle en faveur des matières commerciales. Cela résulterait encore de la disposition de l'article 440, qui ne soumet à justifier la solvabilité de la caution *par titres* que lorsqu'il est ordonné qu'elle en fournira (1).

ne serait pas applicable, et la signification de l'art. 440 devrait toujours être faite à personne ou domicile.

(1) Cette disposition a été insérée dans l'article après coup, sur les observations de la section du tribunat (Locré, Esprit du code de proc., tome 2, p. 188). Aussi se coordonne-t-elle assez mal avec les autres textes. Est-

La partie aura toujours le choix ou de fournir caution ou de justifier de sa propre solvabilité. Elle tient ce droit non de la décision du juge, mais de la disposition de la loi. La solvabilité de la caution, comme celle de la partie, se justifie par le dépôt au greffe de titres de propriété ou de créances, d'effets publics, d'actions financières ou commerciales, d'un récépissé de la caisse des consignations constatant le dépôt de somme suffisante pour répondre des suites de l'exécution poursuivie ; par la représentation du dernier inventaire, si la caution ou la partie elle-même exercent la profession de commerçants. — Il y a plus, la solvabilité, surtout lorsqu'il s'agit de commerçants, serait suffisamment prouvée par la notoriété publique : « Le négociant ne peut presque jamais offrir de meilleure preuve de sa solva-

ART. 441.

ce en rendant son jugement au fond que le tribunal ordonnera que la caution devra fournir des titres ? Ce serait assez bizarre, car il semble qu'il faudrait attendre que la caution fût présentée pour apprécier si sa solvabilité a besoin ou non d'être justifiée par titre. Je crois donc que le tribunal ne doit statuer sur la nécessité de fournir des titres que lorsqu'il s'élève un incident sur l'admission de la caution ; toutefois il faut convenir que la rédaction de l'art. 440 paraît contraire à ce système.

Art. bilité, que la renommée dont il jouit parmi
441. ceux avec lesquels il exerce sa profession. En exiger davantage ce serait souvent porter une injuste atteinte à ce précieux patrimoine, qui est le prix de sa fidélité et de sa bonne foi (1). » En matière de commerce, a dit Montesquieu, on prête plus aux personnes qu'aux biens; — c'est le contre-pied de la maxime ordinaire des prêteurs : *Plus est cautionis in re quàm in personâ.*

Il n'y aurait donc nul inconvénient à ce que le tribunal de commerce, par le jugement qui prononce la condamnation, appréciât en même temps la solvabilité du demandeur et le dispensât d'en justifier dans les formes que la loi indique pour l'admission de la caution. C'est ce qui résulte de ces paroles de la section du tribunat : « Les négociants les plus riches et même les plus solides ne sont pas toujours propriétaires fonciers. La notoriété publique peut seule alors servir de régulateur. Au reste, *tout est à la discrétion du tribunal.* »

Des dispositions qui précèdent il résulte que le tribunal de commerce n'a pas complétement

(1) Rapport de M. Perrin au corps législatif.

épuisé sa juridiction, lorsqu'il a prononcé le jugement définitif qui statue sur les conclusions des parties. L'admission de la caution, l'appréciation de sa solvabilité ou de la solvabilité du demandeur, rentrent encore dans les attributions qu'il exerce; mais il ne faut pas en induire le principe d'une compétence générale qui s'exerce sur les difficultés relatives à l'exécution de ses jugements. Il ne s'agit encore que de pourvoir aux éventualités d'une exécution à faire, et les mesures qui précèdent l'exécution rentrent dans les attributions du tribunal, dont le jugement doit être pour la partie un titre complet pour les poursuites qui se préparent. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 780 du code de procédure, la signification, avec commandement, du jugement qui prononce la contrainte par corps, est faite par l'huissier que désigne le jugement en vertu duquel est exercée la contrainte. Cet article est applicable aux tribunaux de commerce. Ils peuvent commettre l'huissier chargé de procéder aux poursuites; ce n'est encore là qu'un préliminaire d'exécution.

ART. 441.

Mais le principe général est que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. Quelle est la

Art. 442. portée de cette règle, comment faut-il l'entendre; à quelle classe de jugements, à quelle sorte d'exécution doit-elle être appliquée?

La règle posée dans l'article 442 ne présente à l'esprit d'autre idée que celle d'un simple règlement de compétence. On conçoit en effet que les juges institués pour connaître des contestations *commerciales* n'aient plus de juridiction à exercer lorsqu'ayant prononcé leur sentence, des difficultés s'élèvent à propos de son exécution. Là, rien de commercial, rien qui puisse justifier l'intervention du tribunal exceptionnel auquel certaines matières ont été attribuées en vue de son organisation particulière.

Sous l'empire des institutions judiciaires antérieures à 1790, cette vérité si simple était certainement apparue; mais, selon la direction des idées dominantes à cette époque de priviléges, on voila sa clarté sous l'apparence d'une prérogative revendiquée par les tribunaux ordinaires; et le principe ainsi défiguré se trouva livré aux luttes et aux rivalités des juridictions ordinaires et exceptionnelles.

Nos anciens auteurs n'hésitaient pas à proclamer que les tribunaux exceptionnels ne pou-

vaient connaître en principe des difficultés relatives à l'exécution des jugements. D'Argentré le disait expressément pour certaines juridictions extraordinaires : *Suas sententias exsequi non possunt qui territorium non habent, ut rectores universitatum, præfecti mercatorum, nisi quatenùs novissimis legibus obtinuêre* (1). « Et est vray en bonne eschole, disait Loyseau, que les oppositions formées aux exécutions de biens faictes en vertu des sentences des juges extraordinaires, devroyent estre traictées en la justice ordinaire; pour ce que les juges qui ont pouvoir limité, ayant donné leur sentence définitive, ont accomply leur pouvoir (2). » ART. 442.

Malheureusement les raisons qu'ils donnaient à l'appui de ce principe étaient de celles qui devaient susciter des résistances, parce qu'elles étaient moins fondées sur l'intérêt du justiciable que sur la prééminence et le privilége des juridictions ordinaires.

La différence entre les juridictions procédait, disaient-ils, de ce que les tribunaux ordinaires ayant seuls *un territoire*, avaient seuls aussi l'*imperium* ou le commandement auquel

(1) Sur la coutume de Bretagne, art. 19, note 1, nos 4 et 7.

(2) Des Offices, livre 1, chap. 6, no 52.

Art. 112. appartiennent les actes relatifs à l'exécution des décrets de la justice.

C'étaient les maximes de la féodalité invoquées au soutien d'une démarcation des pouvoirs judiciaires. Les justices ordinaires prétendaient seules avoir le *détroit* ou *territoire*, parce que seules elles se rattachaient à cette hiérarchie territoriale qui couvrait d'un vaste réseau le sol entier de la France. « La justice, disait Loyseau, est au château comme en son siége ; en la terre comme une annexe ; au fief comme une dépendance séparable ; en la seigneurie comme une partie inséparable ; et suit le territoire comme un corrélatif (1). » L'ordre judiciaire avait ses degrés et son territoire comme l'ordre politique, ce que l'on exprimait en ces termes : *Le fief est à la mouvance ce que la justice est au ressort* (2); et la *souveraineté* des cours de justice correspondait à la *suzeraineté* féodale. On conçoit donc que les juridictions ordinaires, émanation de la puissance qui s'exerçait sur le sol, revendiquassent exclusi-

(1) Des Seigneuries, chap. 4, n° 31.

(2) Ce qui signifie que les justices dépendent de la justice supérieure dans le ressort de laquelle elles se trouvent, comme le fief servant dépend du fief dominant dans la mouvance duquel il est placé.

vement à toutes autres juridictions l'exercice du commandement et les attributs du pouvoir; prétentions dont elles trouvaient la cause et la légitimité dans leur propre origine et dans leur organisation territoriale. ART. 442.

Les justices exceptionnelles avaient aussi leur *détroit*, si l'on veut entendre par là une circonscription purement légale, dans les limites de laquelle leur juridiction s'exerçait (1); mais elles n'avaient pas de territoire, en ce sens qu'elles étaient en dehors de la hiérarchie féodale : création parasite à côté d'une organisation qui couvrait le sol tout entier, et qui ne laissait pas aux juridictions nouvelles une place vide où elles pussent prendre pied et recevoir, par leur incorporation avec le sol, cette puissance que donnait seule alors la possession de la terre.

Les consuls n'acceptèrent pas cette position subalterne qui, en leur enlevant le droit de pourvoir à l'exécution de leurs sentences, eût laissé leur autorité désarmée devant la malveillance ou l'inertie des juges ordinaires, toujours

(1) La circonscription judiciaire des tribunaux consulaires était aussi étendue que celle des bailliages et sénéchaussées de leur établissement, et, de même que ces justices, ils ressortissaient directement au parlement.

ART. 442. peu disposés à faire exécuter les décisions consulaires. Rejetés de la hiérarchie féodale, ils trouvèrent auprès des rois un soutien pour leur faiblesse, et peut-être de vives sympathies au milieu de leurs luttes incessantes contre les justices ordinaires.

L'édit de 1563, article 12, fut le texte au sujet duquel se produisirent les prétentions opposées des juridictions rivales : « Les saisies, établissements de commissaires et ventes de biens ou fruits, seront faits en vertu desdites sentences et jugements (des consuls); et, s'il faut passer outre, les criées et interpositions de décret se feront par autorité de nos juges ordinaires des lieux, auxquels très-expressément enjoignons, et chacun d'eux en son détroit, de tenir la main à la perfection desdites criées, adjudications des héritages saisis et l'entière exécution des sentences et jugements qui seront donnés par lesdits juges et consuls des marchands, sans y user d'aucune remise ou longueur, à peine de tous dépens, dommages et intérêts. »

Les consuls inféraient de cette attribution expresse faite aux juges ordinaires pour les décrets et adjudications concernant les héritages, que le droit leur était à eux-mêmes ré-

servé de faire procéder à la vente des fruits ou autres meubles saisis en vertu de leurs sentences, et de connaître des contestations élevées au cours des saisies. Ils prétendaient même qu'il leur appartenait de colloquer les créanciers sur le prix provenant de la vente, et de procéder à la distribution ; ils réclamaient aussi, comme inhérent à leur juridiction, le droit d'autoriser les saisies-arrêts pour cause de dette commerciale, et de statuer sur la demande en validité de la saisie. Enfin ils prétendaient connaître seuls des contraintes par corps exercées en vertu de leurs sentences. Art. 442.

Quant aux décrets ou ventes forcées des immeubles, on pouvait les poursuivre en vertu des sentences définitives des consuls (1). Mais les consuls, malgré quelques précédents favorables à leur juridiction (2), n'élevèrent jamais

(1) Lorsque les sentences des consuls portaient seulement condamnation par provision, on ne pouvait saisir et vendre que les meubles. V. Bornier, sur l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 15.

(2) L'édit pour l'établissement des prieur et consuls de Rouen, de 1556, leur permettait de procéder et faire procéder par criées et subhastation et proclamations, ventes, interposition de décret, délivrance et exécution d'iceux inclusivement. — Un arrêt du parlement de Toulouse, 19 avril 1589, rapporté par Larocheflavin,

Art 442. de prétentions sérieuses au droit d'y faire procéder devant eux. La Conservation de Lyon fut seule maintenue dans le droit d'adjuger sur décret les biens immeubles. C'est que cette juridiction n'était pas seulement une juridiction commerciale, elle avait son organisation particulière et des attributions en dehors de ses attributions consulaires (1).

Les prétentions des consuls trouvèrent, on l'a déjà pressenti, un accueil défavorable de la part des tribunaux, qui, suivant le langage du temps, avaient le détroit ou territoire. Les juges ordinaires, notamment ceux du Châtelet de Paris, soutenaient que le sceau de leur juridiction devait être apposé sur les sentences des consuls, ceux-ci n'ayant pas, disaient-ils, de sceau particulier (2). Or, *le scel* était attributif de juridiction, et l'on en tirait cette conséquence que la connaissance des contestations

décida que les prieur et consuls de la Bourse pouvaient adjuger par décret, s'il n'y avait opposition.

(1) V. l'édit du mois de juillet 1669, qui règle les attributions et l'organisation de cette juridiction extraordinaire.

(2) Cette prétention était d'autant plus mal fondée qu'il y avait dans les juridictions consulaires un *garde-scel* en titre d'office.

Art. 442.

survenues sur l'exécution des sentences consulaires appartenait *aux juges du scel,* c'est-à-dire au tribunal ordinaire (1).

Les parlements durent plus d'une fois intervenir dans ces singuliers débats, où l'on voyait figurer comme parties au procès les deux juridictions abaissées, pour des intérêts de prérogative, à l'humble rôle de plaideurs (2). Un des derniers monuments de ces déplorables rivalités est un arrêt du 19 septembre 1755, par lequel le parlement de Paris « maintient et garde les juges-consuls dans le droit et possession d'accorder sur requête des permissions de saisir *dans les affaires de leur compétence*, et seulement entre les mains des *marchands justiciables* de la juridiction des consuls, avec charge à eux, en cas que les marchands et justiciables de leur juridiction se trouvassent devoir *pour toutes autres causes que celles du commerce*, de renvoyer en la juridiction ordinaire : comme aussi les maintient dans le droit et possession de connaître de l'exécution de leurs sentences et jugements, mais seulement entre

(1) V. tome 1, p. 139.

(2) V. notamment les arrêts du parlement de Paris, du 12 décembre 1715, du 24 janvier 1733, du 6 septembre 1769.

ART. 442. marchands, et pour fait de commerce seulement, et en conséquence pourront connaître des saisies mobilières faites en vertu de leur jugement *entre le saisissant et le débiteur;* mais si celui ès mains duquel la saisie aura été faite prétend ne rien devoir, ou s'il se trouve un ou plusieurs tiers opposants qui ne soient point créanciers pour fait de marchandises, et dont la créance ne soit point de la juridiction consulaire, en ce cas les parties se pourvoiront par devant les juges ordinaires, et les juges-consuls tenus d'y renvoyer les contestations qui naîtront. »

Cet arrêt peut se résumer ainsi : les consuls pouvaient autoriser les saisies conservatoires ou les saisies-arrêts, mais seulement dans les affaires de leur compétence, pourvu que le tiers saisi fût marchand et qu'il fût débiteur pour cause commerciale; ils ne pouvaient statuer définitivement sur la saisie faite en vertu de leur permission ou du jugement qu'ils avaient rendu, que lorsque le tiers saisi reconnaissait devoir, et lorsque les oppositions, s'il en survenait, émanaient de créanciers marchands et pour cause de créance commerciale. — Ils pouvaient enfin connaître des saisies-exécutions faites en vertu de leurs jugements, mais seule-

ment dans le cas où les contestations s'élevaient entre le saisissant et le saisi, ce qui excluait le droit de procéder à la collocation des créanciers et à la distribution des deniers provenant de la vente (1).

Art. 442.

Quant au droit de faire exécuter la contrainte par corps prononcée par leurs jugements, il leur avait été reconnu par un arrêt du parlement de Paris, en date du 24 janvier 1733; il ne paraît même pas que ce droit leur ait été contesté lors de l'arrêt de 1755.

Ces concessions, arrachées par l'opiniâtreté des consuls, furent d'ailleurs compensées par la perte définitive d'attributions qu'ils avaient longtemps réclamées, et dont ils s'étaient trouvés pendant un certain temps en paisible possession. Je veux parler de la connaissance des matières concernant les faillites. Les consuls avaient, pendant longues années, lutté corps à corps avec le prévôt de Paris, pour les intérêts opposés de leur juridiction. L'irritation en était venue au point que l'on

(1) Cependant un arrêt du parlement de Rouen du 10 avril 1619, sur le conflit soulevé par le vicomte de Rouen, attribua aux consuls la distribution des deniers d'une vente mobilière pratiquée en vertu d'une de leurs sentences. L'arrêt est cité par Toubeau, p. 386.

Art. 442. vit, en l'année 1698, les murs de Paris couverts des ordonnances fulminées l'une contre l'autre par les deux puissances rivales, et que les consuls durent subir ce sanglant outrage, écrit dans les ordonnances publiées par le prévôt : « que les marchands banqueroutiers, pour être favorisés et éviter la peine de mort prononcée par les ordonnances, s'adressaient à leurs confrères, qui homologuaient très-facilement les contrats faits avec des créanciers supposés. » Le parlement s'émut de ces scandales; l'avocat général d'Aguesseau s'indigna contre ces juges, « qui se permettaient d'accuser d'autres juges de connivence et presque de collusion avec les criminels, pour étouffer la connaissance d'un crime et le dérober à la vengeance publique (1). » La lutte continua cependant, et l'incompétence des consuls, en matière de faillite, fut reconnue par plusieurs arrêts. On peut citer, entre autres, un arrêt du parlement de Paris, du 27 mars 1702, qui fait défense aux consuls de connaître de l'homologation des contrats d'atermoiement.

En l'année 1715, une crise commerciale menaçait la France. On se souvint alors *que*

(1) On trouve ces réquisitions et l'arrêt qui s'ensuivit dans Bornier, sur l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 2.

les juridictions consulaires avaient été créées pour défendre et fermer les loyaux marchands contre l'infidélité des banqueroutiers. Une déclaration du 10 juin 1715 leur conféra le pouvoir, en cas de faillite déclarée, d'apposer les scellés, de faire procéder aux inventaires, et d'homologuer les contrats intervenus entre le failli et ses créanciers. Une autre déclaration du 30 juillet de la même année excepta cependant les procès mus et à mouvoir, pour raison des faillites et banqueroutes ouvertes, ou qui s'ouvriraient dans le ressort de la prévôté de Paris, lesquels seraient portés au Châtelet. En l'année 1739, une nouvelle déclaration enleva définitivement à toutes les juridictions consulaires la connaissance des faillites (1). L'homologation des contrats d'atermoiement, d'union, etc., ainsi que le droit de procéder à toutes les opérations de la faillite, furent dévolus aux juges ordinaires (2).

ART. 442.

Telle était la limite du pouvoir des consuls

(1) C'est du moins à cette époque que Denisart place la cessation des attributions des consuls, v° banqueroute, n° 34. V. aussi Merlin, Répertoire, v° faillite, sect. 1, § 3, n° 6.

(2) Toutefois la déclaration de 1739 avait reconnu aux tribunaux consulaires le droit de vérifier les créances.

ART. 442. relativement aux actes d'exécution, lorsque les anciennes institutions succombèrent. La loi de 1790 conserva la juridiction des tribunaux de commerce; mais, si l'organisation était restée la même, combien étaient profondes les atteintes portées à cet esprit de corps, autrefois si vivace! Dans la rédaction primitive du code de commerce se trouvait un article ainsi conçu ; « Les tribunaux de commerce connaissent de tous les incidents relatifs à l'exécution de leurs jugements (1). » Les tribunaux de commerce joignirent, à cette époque, leurs réclamations à celles des tribunaux ordinaires, pour repousser ces attributions auxquelles les juridictions consulaires avaient si longtemps aspiré. La commission restreignit alors la compétence des tribunaux de commerce aux incidents qui s'élèveraient *pour emprisonnements faits en exécution de leurs jugements* (2). Enfin cette réserve même fut abandonnée lors de la rédaction du code de procédure, et l'article 442 refusa sans distinction aux tribunaux de commerce le droit de connaître de l'exécution de leurs jugements.

(1) C'était l'art. 447 du projet.

(2) La loi du 24 août 1790 disait aussi : « S'il survient des contestations sur la validité des emprisonnements, elles seront portées devant eux. » Titre 12, art. 5.

On répète encore aujourd'hui que cette disposition du code est basée sur le principe *que les juridictions exceptionnelles n'ont pas de territoire ;* et, sans tenir compte de la différence des temps, des institutions, des idées, on exhume, en faveur des juridictions ordinaires, des titres de noblesse et de prééminence couverts de la poussière d'un autre âge (1). Il n'est plus vrai de dire que les tribunaux ordinaires aient seuls le droit de territoire. — Cette ancienne maxime serait un non-sens, entendue qu'elle serait comme au temps de la féodalité, lorsqu'on l'appliquait aux justices seigneuriales considérées comme une sorte d'annexe de la propriété des fiefs, et patrimoniales comme elle. — Si l'on entendait par là que les tribunaux ordinaires ont seuls un territoire, c'est-à-dire une circonscription ayant pour centre le lieu où siége le tribunal, cette distinction, outre qu'elle n'aurait aucune corrélation avec le principe de l'article 442, serait complétement erronée ; car les tribunaux de commerce, aussi bien que les justices de paix, ont leur arrondissement ou leur canton. — Veut-on enfin que cette distinction signifie que les tribunaux or- ART. 442.

(1) V. Henrion de Pansey, de l'Autorité judiciaire, tome 1, chap. 20.

Art. 442. dinaires ont seuls *juridiction sur le territoire*, tandis que les tribunaux exceptionnels n'auraient *juridiction que sur les personnes*, je dirai que cette distinction n'est pas absolument vraie, car les juges de paix connaissent des actions possessoires, qui sont immobilières; d'ailleurs on expliquerait sans doute, par cette attribution exclusive, pourquoi les seuls tribunaux civils connaissent des saisies qui frappent les immeubles, mais on ne montre pas le motif pour lequel les tribunaux de commerce ne peuvent statuer sur une contestation élevée à propos d'une saisie-exécution, d'une saisie-arrêt ou de la contrainte par corps pratiquées en vertu de leurs jugements.

Le motif véritable est celui que donnait Loyseau parmi ces autres considérations qui n'empruntaient leur valeur qu'à l'organisation politique de l'époque : « Il s'ensuivroit, dit-il, que par le moyen des oppositions et autres incidens qui surviennent aux décrets, les juges extraordinaires non lettrez pour la plus part auroient la cognoissance d'infinies matières les plus difficiles de la justice ordinaire, estant mesme un chef d'œuvre de justice de faire bien un decret et une sentence d'ordre (1). »

(1) Des Offices, liv. 1er, chap. 6, n° 55.

— C'est une incompétence à raison de la matière que le législateur a déclarée dans l'article 442 ; il ne faut pas chercher ailleurs d'ambitieuses interprétations. ART. 442.

Par application de ce principe, les tribunaux de commerce ne pourront connaître d'une opposition à des poursuites en saisie-exécution ou en contrainte par corps. C'est devant les tribunaux civils d'arrondissement et non devant les tribunaux de commerce que doivent être poursuivies les expropriations forcées, et même les ventes des navires saisis en vertu des jugements commerciaux (1). Les tribunaux de commerce ne peuvent statuer sur la demande en validité d'une saisie-arrêt pratiquée en vertu de leurs jugements ; à plus forte raison ne pourraient-ils en connaître lorsqu'elle a pour base un titre authentique ou sous seing privé, sur lequel ils n'auraient pas été appelés à rendre une décision judiciaire. Enfin le droit d'autoriser la saisie-arrêt, lorsque le créancier n'a pas de titre, appartient au juge civil et non au juge de commerce (2).

Les offres réelles se rattachent toujours à

(1) Avis du conseil d'État du 5 avril 1809, approuvé le 17 mai suivant.

(2) V. *suprà*, p. 140.

Art. 442. l'exécution d'une obligation, mais non pas toujours à l'exécution d'un jugement. Pour décider si les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur la validité des offres, il faut établir une distinction. — Les offres dont la validité est demandée ont-elles pour objet d'éteindre l'*action* appartenant au créancier en vertu d'une obligation *commerciale*, les juges de commerce pourront en connaître, soit que la demande en validité des offres se présente comme principale, soit qu'elle ait le caractère d'une demande incidente à l'instance principale introduite par le créancier; — mais lorsque les offres tendront à neutraliser le droit d'*exécution* appartenant au créancier porteur d'un jugement même commercial ou d'un titre exécutoire, le tribunal civil aura seul le droit de statuer sur la validité des offres, qu'elles aient pour objet d'arrêter une exécution commencée ou de prévenir une exécution imminente (1).

Il faut bien se garder de confondre l'exécution de la *condamnation* prononcée avec l'exécution des mesures préliminaires ordon-

(1) Arrêts de Paris du 30 août 1810, de Toulouse 15 avril 1828.

nées par le juge pour mettre l'affaire en état de recevoir une solution définitive (1). Ainsi les juges de commerce procèdent eux-mêmes à l'exécution de leurs jugements préparatoires ou interlocutoires. Ils prononcent sur le résultat d'une enquête, d'une expertise; ils peuvent recevoir une caution ou un serment, liquider les dommages-intérêts d'après l'état présenté par la partie. ART. 442.

Enfin ils peuvent interpréter leur jugement si ses dispositions présentent quelque équivoque. L'interprétation n'a pas pour objet de statuer sur les difficultés que fait naître l'exécution, mais d'indiquer dans quel sens l'exécution doit être faite. L'interprétation remonte, quant à sa force légale, au jour où le jugement interprété a été rendu, et ne fait avec lui qu'une seule et même décision ; ce n'est que la manifestation plus évidente d'une pensée déjà contenue dans la première sentence. Le tribunal ne statue pas sur des conclusions nouvelles, mais sur les conclusions prises devant lui, lors du jugement dont l'interprétation est demandée. Certes, s'il est un tribunal essentiellement compétent pour traduire en de nouveaux termes les dispositions d'un jugement, c'est

(1) V. tome 1er, p. 98.

Art. 442. évidemment le tribunal qui l'a prononcé. Loyseau réservait aux tribunaux extraordinaires ce droit d'interpréter leurs jugements : « Ce qui survient par après, dit-il, est de l'ordinaire, sauf seulement s'il estoit question de l'interprétation de leur sentence, pour ce que alors c'est la mesme notion, et que d'ailleurs c'est toujours à celui à s'interpreter qui a parlé obscurément (1). »

Ce n'est pas non plus statuer sur une contestation relative à l'exécution, que d'apprécier la recevabilité de l'opposition dirigée contre un jugement par défaut que l'on soutiendrait avoir été exécuté. Le tribunal de commerce, compétent pour statuer sur l'opposition, a le droit d'examiner si l'opposition est tardive. Il pourra donc apprécier les conséquences des actes d'exécution considérés comme fin de non-recevoir contre l'opposition signifiée, et décider si l'exécution doit être réputée ou non assez complète pour que l'opposant soit déclaré non recevable. La contestation, dans ce cas, ne porte pas sur le droit d'exécuter, ni sur la légitimité des actes d'exécution, mais seulement sur l'application des présomptions légales

(1) Des Offices, liv. 1, chap. 6, n° 52. — V. un arrêt de Caen du 17 mai 1826.

qui peuvent résulter de ces actes en les accep- Art.
tant comme valables. 442.

On s'est demandé si les juges de commerce avaient le droit de statuer sur la question de péremption d'un jugement par défaut non exécuté dans les six mois de sa date. — Il ne me paraît pas douteux que, si la question de péremption s'élève à propos d'une exécution poursuivie en vertu d'un jugement par défaut, c'est au tribunal civil qu'il appartient de la résoudre. C'est alors une opposition dirigée contre les poursuites d'exécution, et non pas une opposition au jugement par défaut, qu'il est inutile d'attaquer, puisqu'il est réputé non avenu. L'action formée par la partie en butte aux actes d'exécution n'a d'autre objet que de faire considérer les poursuites comme tardives, et par suite comme nulles, parce qu'elles seraient faites sans titre valable. Pour trancher cette question, le tribunal civil n'a qu'un simple rapprochement de dates à opérer (1).

Mais il est arrivé que la partie défaillante, s'en prenant au jugement lui-même, et l'attaquant par la voie de l'opposition, a présenté, comme moyen à l'appui, la péremption qui

(1) Arrêts de Dijon du 6 avril 1819, d'Aix 12 mars 1825.

Art. 442. serait encourue à défaut d'exécution dans les six mois. La cour de Bastia, par un arrêt du 30 juillet 1844, a jugé « que le tribunal de commerce, étant seul compétent pour connaître de l'opposition au jugement de défaut, on ne pouvait lui contester le droit d'apprécier les divers moyens employés à l'appui de l'opposition; d'où il suit que le jugement (en statuant sur la question de péremption) a été compétemment rendu (1). » Il y a du vrai dans cet aperçu; seulement l'application suppose un cercle vicieux dans lequel se serait fatalement engagée la partie défaillante, sans pouvoir trouver une issue. En attaquant le jugement par opposition devant les juges qui l'ont rendu, la partie reconnaît qu'il existe; comment peut-elle invoquer, en même temps, le moyen de la péremption qui, supposant un anéantissement de plein droit, dispense de tout recours? Aussi le tribunal de commerce devra-t-il, en semblable cas, considérer l'opposition comme une renonciation formelle à la péremption acquise; l'instance étant liée entre les parties, il devra procéder à l'examen du fond, que l'opposition lui a de nouveau soumis. Il ne statuera sur le

(1) Dalloz, 44, 2, 179. V. dans le même sens un arrêt de Rennes du 26 août 1836, Dalloz, 41, 1, 105.

moyen de la péremption que pour décider qu'elle est couverte et que l'opposition emporte nécessairement renonciation à s'en prévaloir. Art. 442.

On avait posé dans le code de procédure une règle absolue qui enlevait aux tribunaux de commerce la part que leur avait réservée l'ancienne jurisprudence dans l'exécution de leurs jugements définitifs; et, par un retour singulier, on leur rendait en même temps la compétence sur les matières concernant les faillites, dont ils avaient été presque complétement dépouillés.

Le code de commerce investit ces tribunaux du droit de déclarer la faillite (1); d'ordonner toutes les mesures de précaution qui sont la conséquence immédiate de la faillite, telles que celles qui ont pour but de placer sous la main de justice les meubles et les marchandises du failli, et de s'assurer de sa personne (2). C'est le tribunal de commerce qui désigne le juge-commissaire chargé de surveiller les opérations de la faillite (3); qui nomme les syndics provisoires, ou qui les révoque (4). C'est à ce

(1) Code de comm., art. 440.

(2) Code de comm., art. 455.

(3) Code de comm., art. 451, 452, 454.

(4) Code comm., art. 462, 467.

Art. 442. tribunal qu'il appartient d'accorder au failli un sauf-conduit (1) ; c'est à son greffe qu'est déposée l'une des minutes de l'inventaire que doivent dresser les syndics (2). Il homologue les transactions faites par les syndics, sous la surveillance du juge-commissaire, relatives à des droits *mobiliers* d'une valeur indéterminée ou excédant trois cents francs. Il homologue le concordat, le résout ou l'annule (3). Il autorise l'union des créanciers à traiter à forfait de tout ou partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré (4). Il statue sur les questions de revendication de marchandises (5). Il indique les mesures à prendre pour l'administration des biens en cas de banqueroute (6). Il déclare le failli excusable ou non excusable ; c'est à son audience que lecture doit être donnée du jugement portant réhabilitation du failli (7).

Telles sont, en matière de faillite, les attri-

(1) Code de comm., art. 472.

(2) Code de comm., art. 480.

(3) Code de comm., art. 487, 515, 520, 522.

(4) Code de comm., art. 570.

(5) Code de comm., art. 579.

(6) Code de comm., art. 601.

(7) Code de comm., art. 538, 611.

butions conférées au tribunal de commerce, et qui paraissent former une exception au principe de l'article 442 du code de procédure. — Mais c'est au tribunal civil qu'appartient l'homologation des transactions passées par les syndics, avec approbation du juge-commissaire, relatives à des droits *immobiliers* d'une valeur indéterminée ou excédant trois cents francs (1). C'est aussi devant le tribunal civil que doit être poursuivie la vente des immeubles du failli (2). Art. 442.

En exposant les principes de la procédure devant les tribunaux de commerce, je me suis renfermé dans l'interprétation exclusive du texte spécial de notre code. Mais il ne faut pas séparer des règles générales qui constituent le droit commun pour les juridictions diverses, la procédure exceptionnelle qui régit quelques-unes d'elles. Ces règles générales, on en a trouvé le développement dans les chapitres qui précèdent, on le trouvera successivement dans les différents titres dont l'explication suivra. Ce

(1) Code de comm., art. 487.

(2) V. un avis du conseil d'État du 4 décembre 1810, approuvé le 9 décembre suivant.

ART. 442. n'est point une monographie que j'ai voulu écrire ; ce sont les traits saillants qui caractérisent la procédure commerciale que j'ai tenté de mettre en relief.

CHAPITRE XXXII.

DES ARBITRAGES.

(Livre 3, titre unique, art. 1003-1022 du code de procédure.)

En plaçant les règles de la procédure arbitrale à la suite des dispositions relatives aux tribunaux de commerce, je m'écarte de l'ordre adopté par les rédacteurs du code de procédure ; mais je puis invoquer, pour justifier cette interversion, l'exemple et l'autorité de Pothier, qui, dans un même chapitre de son Traité de la procédure, a réuni les formes de l'instruction devant les consuls et devant les arbitres. Le tribunal des arbitres n'est d'ailleurs qu'une juridiction exceptionnelle ayant ses formes spéciales et des attributions restreintes. Sous ce rapport, la matière des arbitrages se rattache naturellement à l'examen des règles qui constituent des exceptions à la procédure ordinaire. ART.

Rien de séduisant, au premier aperçu, comme

Art.

cette justice arbitrale qui laisse à la conscience du juge choisi par les parties sa liberté d'action et le complet essor d'une équité naturelle que la loi positive n'enchaîne pas dans ses limites. L'arbitrage est du domaine de la philosophie spéculative; la pratique l'a souvent dépouillé du prestige dont l'avaient entouré les rêves d'une décevante philanthropie.

Dans une société qui commence le pénible travail de la civilisation, l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires. C'est le premier acte qui montre le droit se développant sous une forme pacifique, et la force individuelle abdiquant son empire pour reconnaître la puissance morale d'une justice encore désarmée. A cette première période l'arbitrage est un progrès.

Une société dans laquelle les pouvoirs publics essayent de se constituer, traverse quelquefois des nuits profondes au milieu desquelles elle s'égare. Au lieu des garanties qu'elle promettait au citoyen, c'est le despotisme qu'elle impose; les individus restent sans protection contre des pouvoirs sans frein; la justice, instrument de la puissance sociale, pèse sur les faibles et s'humilie devant les forts. Tombée en des mains indignes, elle a ses procédures rui-

neuses et ses sentences vénales. Le plaideur cherche alors un moyen d'éviter son contact. L'arbitrage est encore un bienfait, c'est un remède contre les abus. ART.

Mais dans une société que l'expérience éclaire enfin de sa lumière tardive, où les pouvoirs ont trouvé leur équilibre, où la justice n'admet que des formes protectrices, sous la vigilante sauvegarde de magistrats éclairés, l'arbitrage n'a plus qu'une valeur contestable. Qu'on le respecte comme un hommage à la liberté du citoyen; mais élever trop haut ses bienfaits, c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siége du magistrat.

Que l'Assemblée constituante ait écrit en tête de ses lois d'organisation judiciaire : « L'arbitrage est le moyen *le plus raisonnable* de terminer les contestations des citoyens (1); » qu'elle ait fait de ce principe un pacte fondamental auquel les législatures à venir ne pourraient porter atteinte (2), il ne faut pas s'en étonner; ces illusions sont celles d'une société qui renaît, et qui toujours a la prétention d'éclairer ses premiers pas du flambeau de la loi naturelle. D'ailleurs les souvenirs récents

(1) Loi du 24 août 1790, tit. 1, art. 1.

(2) V. la constitution de 1791, chap. 5, art. 5.

ART. des abus qui, dans les siéges inférieurs, avaient altéré le caractère de la justice, et qui même avaient envahi les juridictions souveraines, les efforts autrefois tentés pour enlever aux parties le refuge de la justice arbitrale, tout concourait à montrer comme une précieuse conquête le droit de recourir à des arbitres, et à le ranger parmi ces droits du citoyen qu'on venait d'entrevoir à l'aurore de la liberté.

Faut-il s'étonner davantage que la Convention, poussant jusqu'aux dernières limites l'exagération des idées, ait donné à l'arbitrage une extension désastreuse; qu'elle ait, à côté de l'arbitrage volontaire, placé le principe de l'arbitrage forcé (1); qu'elle ait cru réaliser un magnifique progrès en créant des arbitres publics choisis par les assemblées du peuple, statuant en dernier ressort sans procédure et sans frais (2)?

(1) Décret du 10 juin 1793, sect. 5, art. 3 et suivants, prescrivant la voie de l'arbitrage pour le jugement des contestations relatives aux biens et droits dont la puissance féodale avait dépouillé les communes et les particuliers; décret du 2 octobre 1793, portant que les procès des communes, à raison des biens communaux, seront jugés par la voie de l'arbitrage; loi du 17 nivôse an II, art. 54, qui soumet à l'arbitrage les contestations sur les donations et successions.

(2) V. la constitution de 1793, art. 85 et suiv. On sait que cette constitution n'a jamais été en vigueur.

L'idée de l'arbitrage, reproduite sous toutes ces formes et sous ces dénominations diverses, devait sourire à ces dogmatiques novateurs, qui, suivant l'expression de l'un d'eux, *ne connaissaient d'autre législation que celle de la nature.* Art.

Mais à notre époque, où tant d'illusions sont tombées, où la justice présente, avec des formes simplifiées, des garanties plus certaines, à quel besoin répond l'institution des arbitres ? L'application est la pierre de touche des principes. Le législateur s'égare lorsque, imitant ces géomètres qui, par un effort d'abstraction, créent des lignes sans étendue et des points sans surface, il proclame un principe sans se préoccuper des réalités qui le compromettent, sans tenir compte de la tendance des idées, des progrès accomplis, de l'expérience acquise.

Quoi de plus simple en apparence que la constitution de la justice arbitrale, de moins compliqué que ses formes, de plus rapide que sa marche, de plus équitable que ses sentences? Lisez les textes du code de procédure sur le titre des arbitrages, vous trouverez des règles nombreuses, des précautions minutieuses, des voies de recours en dehors du droit commun, à côté

Art. des voies ordinaires que la loi réserve en même temps aux parties. Ouvrez les livres, et cette justice des arbitres apparaîtra comme un dédale où les obstacles nés des faits et de la position des parties, les difficultés d'application, la multiplicité des textes, laissent s'égarer la doctrine, hésiter à chaque pas l'arbitre et les plaideurs.

C'est que l'arbitrage, au milieu d'une société complétement organisée, devait perdre les traits distinctifs de sa simplicité native. Le droit commun présente des garanties auxquelles le plaideur n'est jamais présumé renoncer que suivant la mesure de la volonté qu'il exprime. La loi, protectrice de ses intérêts, sera la règle des arbitres pour l'appréciation de ses droits. Des formes spéciales de procédure prendront la place des formes ordinaires dont l'organisation du tribunal arbitral ne permet pas de faire l'application.

Cette liberté laissée aux plaideurs, cette indépendance de l'arbitre, n'ont-elles pas en effet leurs périls? A la liberté du plaideur la loi donne des limites, à l'indépendance de l'arbitre un contre-poids : de là ces prévisions multiples, ces délais imposés, ces voies extraordinaires de recours ; de même que l'on entoure de soins plus vigilants et d'une sollicitude plus inquiète

l'enfant qui, dégagé de toute entrave, essaye librement ses premiers pas. La loi n'abandonne le plaideur aux hasards d'une marche incertaine, et l'arbitre aux inspirations de son équité personnelle, que lorsque les parties ont répudié d'une manière expresse les garanties légales et la protection du droit commun. Art.

L'arbitrage serait une excellente chose, si les dispositions qui le régissent pouvaient devenir inutiles, et si la bonne foi du plaideur et les lumières de l'arbitre pouvaient suppléer à la règle écrite dans le texte des lois. Ce serait alors quelque chose d'analogue à cette justice de saint Louis sous le chêne de Vincennes, ou bien à la juridiction qu'exerçaient dans les temps primitifs, si l'on en croit l'histoire, les sages et les vieillards, assis sous les portiques, rendant en face de l'image de leurs dieux des sentences toujours respectées. Mais là comme partout on trouvera l'intérêt en lutte avec la justice. La volonté qui avait constitué le tribunal arbitral réagit aussitôt que la sentence est rendue. Il semble que le plaideur n'ait abandonné les voies de la juridiction ordinaire que sous la condition qu'il gagnera son procès. L'a-t-il perdu? aussitôt il invoque les garanties qu'il avait aliénées, et le

Art. plus souvent la justice arbitrale n'est qu'une route inutilement suivie pour arriver au point accoutumé de départ, c'est-à-dire à la juridiction ordinaire. Si les plaideurs n'étaient pas aveuglés par l'intérêt personnel, l'arbitrage serait d'ailleurs presque inutile. Ils se jugeraient eux-mêmes, et le procès se terminerait par une transaction ou par l'entier abandon de prétentions reconnues injustes. Ignorent-ils l'étendue de leurs droits respectifs? qu'ils cherchent des conseils éclairés, et que les avis qu'ils reçoivent deviennent la base d'une transaction ou d'un traité. Mais s'ils plaident, quel que soit le juge auquel la partie ait soumis l'examen de ses droits, elle sera toujours prête à protester contre la sentence, si la sentence condamne ses prétentions.

Aussi comprend-on sans peine que l'engouement de nos premières assemblées pour la juridiction des arbitres n'ait eu qu'une durée éphémère. Les lois de la Convention sur l'arbitrage forcé furent bientôt rapportées (1). Les arbitres publics furent remplacés, dans la constitution de l'an III, par les tribunaux de départements. Enfin le conseil des Cinq-Cents prit, le 28 floréal an VI, une résolution tendante à

(1) Loi du 9 ventôse an IV.

l'abolition de l'arbitrage volontaire; résolution Art.
qui fut cependant rejetée par le conseil des Anciens (1). Lors de la rédaction du code de procédure, on débattit la question de savoir si l'on conserverait ou si l'on supprimerait les arbitrages. Forcer les citoyens à exécuter la convention par laquelle ils auraient déféré leurs contestations à des juges qu'ils se seraient donnés eux-mêmes, n'était-ce pas, disait-on, sanctionner une aliénation irréfléchie de leur liberté? On répondait que tout homme use de sa liberté lorsqu'il s'oblige, et que le lien de l'obligation n'est que le résultat de sa volonté libre (2). On conserva donc, en vertu de ces maximes banales, le principe de l'arbitrage; mais le discrédit qui le menaçait alors n'a fait que s'accroître depuis, ainsi que l'on peut s'en convaincre en méditant sur les tendances de la jurisprudence de nos jours.

Le code de procédure ne s'occupe que de l'arbitrage volontaire, qui, par la convention des parties, peut recevoir plus ou moins d'extension quant aux pouvoirs des juges qu'elles

(1) Séance du 19 ventôse an VII.

(2) V. Locré, Esprit du code de procédure, tome 4, p. 545.

ART. ont constitués. Sous ce rapport on distingue les *arbitres* proprement dits et les *amiables compositeurs*. Les textes du code de commerce consacrent, en outre, sous le nom d'*arbitrage forcé*, une juridiction exceptionnelle dont les formes se rapprochent sur quelques points, et s'éloignent sur d'autres, des principes qui régissent l'arbitrage volontaire. En expliquant les textes du code de procédure je signalerai ces différences.

L'arbitrage volontaire repose sur une convention qui prend le nom de *compromis*. C'est un mot emprunté à la terminologie du droit romain (1). L'arbitrage avait, à Rome, ses règles spéciales qui prouvent que ce moyen de terminer les procès y jouissait d'une certaine faveur. N'y avait-il pas d'ailleurs une grande analogie entre ces arbitres choisis par les parties, et l'arbitre juge qui, sous l'empire de la procédure formulaire, était chargé de vérifier les faits et de prononcer la sentence? Ce droit de recourir à des juges privés dut se perpétuer d'autant mieux qu'il était comme un souvenir des anciennes coutumes lorsque, sous le dernier état de la procédure romaine, les magis-

(1) V. ff., tit. *De receptis, qui arbitrium receperunt.*

trats impériaux eurent été substitués, dans toutes les provinces, à l'arbitre juge du système formulaire. ART.

Le compromis passa du droit romain dans notre droit français ; c'est la *mise* dont parlent nos vieux jurisconsultes : « Mise, disait Pierre de Fontaines, est ramenée à la semblance des jugemenz et appartient à finer les plez (1). » L'arbitrage devait s'adapter facilement aux mœurs judiciaires du moyen-âge. Les jugements pour la plupart étaient rendus alors par les hommes de fief, *probi homines*, et les arbitrages n'en différaient guère qu'en ce que les parties choisissaient elles-mêmes les juges de leur contestation. Aussi y avait-il une certaine corrélation entre le droit de juger comme juge et le droit de recevoir mises et arbitrages.

L'arbitrage fut surtout en grande faveur pour les matières ecclésiastiques. Les membres de l'Église, dans les premiers siècles de son établissement, ne se préoccupaient guère de leurs intérêts temporels ; ils évitaient les procès, et, s'ils ne pouvaient y parvenir, ils recouraient, pour les terminer, à la voie pacifique de l'arbi-

(1) Conseil, chap. 19. C'est la traduction de la loi 1, ff. *De receptis : « Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet. »*

ART. trage (1). Plus tard, il est vrai, les clercs se livrèrent avec ardeur à l'étude des lois romaines, et leur ferveur pour ces textes profanes leur valut une fâcheuse renommée, que les complications de la procédure canonique durent accroître encore. L'arbitrage fut cependant conservé par les décrétales ; et les nombreuses décisions destinées à le régir témoignent que l'esprit de concorde et de modération n'avait pas complétement péri dans son contact avec la science et la philosophie payennes.

Mais l'arbitrage eut un redoutable adversaire dans l'esprit avide et tyrannique des juges seigneuriaux, lorsque le jugement par les pairs fut aboli en France. On sait qu'à leurs yeux « les justices étaient réputées *vray héritage* au moyen du fruict, prouffit et émolument qu'on perçoit d'icelles, à cause des adjudications d'amendes, confiscations et autres droicts (2).» On verra quelles entraves ils avaient mises à la liberté des arbitrages, et de quelle manière ils s'efforçaient de les rendre inefficaces. La légi-

(1) Plusieurs conciles leur enjoignirent de soumettre leurs contestations à l'arbitrage. V. le canon IX du concile de Chalcédoine.

(2) Bacquet, Droits de justice, chap. 8, n° 8.

timité de l'arbitrage fut d'ailleurs reconnue par de nombreuses ordonnances, destinées surtout à réprimer les abus qu'avaient introduits en cette matière les justices ordinaires. On peut citer celles de 1510, de 1535, de 1560 et de 1566, qui se succédèrent sous le règne des rois Louis XII, François Ier, François II et Charles IX. L'ordonnance de 1667 ne contenait sur cette matière aucune disposition. L'ordonnance du commerce de 1673 et celle de la marine de 1681 avaient sur l'arbitrage des règles importantes (1). ART.

En subissant l'épreuve du temps et l'influence des changements introduits dans l'ordre judiciaire, la justice arbitrale n'a pas seulement varié quant à sa forme, mais encore dans son essence.

Si l'on se reporte à la procédure romaine, on voit que la décision des arbitres n'avait pas le caractère d'un jugement, mais d'une simple opinion. Aussi ne produisait-elle ni action ni exception (2). Une action cependant résultait

(1) La coutume de Bretagne contenait quelques règles sur la matière des arbitrages (art. 17 et 18 de la coutume).

(2) L. 2, ff. *de receptis*; l. 1 et 2, Cod., *eod.*

ART. du compromis qui précédait la sentence, lorsqu'il avait les caractères d'un contrat, c'est-à-dire lorsqu'il se produisait sous la forme d'une stipulation. Par ce contrat, les parties s'obligeaient à respecter la sentence des arbitres, et se promettaient l'une à l'autre une somme ou un objet déterminé pour le cas où l'une d'elles ne voudrait pas s'en tenir à la décision prononcée (1). Quelquefois on promettait, à titre de peine, une valeur correspondante à l'intérêt qu'aurait chacune des parties à l'exécution de la sentence, *quanti ea res erit* (2). De ces stipulations naissaient une *condictio certi* ou l'action *ex stipulatu*, suivant que la peine convenue était un objet certain ou incertain. Enfin, si la peine n'était pas expressément stipulée, et que les contractants eussent seulement promis d'obéir à la sentence, celui qui n'acceptait pas la décision des arbitres était tenu, par l'action *ex stipulatu*, de payer une valeur équivalente à celle de l'objet en litige, comme si l'on eût ajouté la clause *quanti ea res erit*, laquelle était alors sous-entendue (3).

(1) L. 11, § 2, ff. *de receptis*.

(2) L. 28, ff. *de receptis*.

(3) L. 27, § 7, ff. *de receptis*. — Le compromis rentrait par conséquent dans la classe des stipulations *pénales*,

Sans recourir aux formes de la stipulation, les parties pouvaient faire un compromis valable. Le simple pacte devenait obligatoire lorsque chacune d'elles déposait entre les mains de l'arbitre une valeur quelconque pour être remise à celle des parties en faveur de qui serait prononcée la sentence, ou pour être payée à titre de peine dans le cas où l'une d'elles refuserait de l'exécuter (1). Par la remise de la chose entre les mains de l'arbitre, le pacte devenait un contrat réel, *re perfectus*, produisant comme les contrats innommés l'action *præscriptis verbis*. ART.

Enfin le compromis, tout en conservant la nature d'un simple pacte, pouvait dans certain cas être valable. Ainsi, les deux parties sont respectivement débitrices l'une de l'autre, indépendamment de la cause du litige ; elles font un pacte par lequel chacune d'elles promet, si elle ne satisfait à la sentence, de

dont les principes lui étaient applicables. Il n'opérait pas novation du droit sur lequel on avait compromis ; de sorte que celui à qui la peine avait été payée pouvait encore agir en vertu du droit préexistant, mais il eût été repoussé par l'exception de dol jusqu'à concurrence du montant de ce qui avait été payé à titre de peine. V. l. 4, § 3, ff. *de doli mali except.*; l. 28, ff. *de act. empt.*

(1) L. 11, § 2, ff. *de receptis*.

Art. ne pas exiger le payement de ce que l'autre lui doit. Le pacte n'engendrera pas d'action ; mais il n'en est pas moins valable pour constituer l'arbitrage, parce qu'au moyen de l'exception *pacti conventi* opposée à celui qui n'accepterait pas la sentence, l'autre peut lui faire supporter la peine en neutralisant son droit de créance (1).

A cette première époque de la jurisprudence romaine, la sentence des arbitres se rattachait au compromis, comme la condition se rattache à la convention qui en dépend. La sentence de l'arbitre et le refus de l'exécuter étaient l'événement prévu qui, venant à se réaliser, donnait à la fois naissance à l'obligation de payer la peine, et aux actions pour la réclamer ; et, par application des principes relatifs aux obligations conditionnelles, on décidait que, si par le fait de l'une des parties la sentence n'avait pu être prononcée dans le temps déterminé, l'action était donnée pour réclamer la peine (2), parce que la condition est réputée accomplie toutes les fois que le débiteur obligé sous cette condition en a lui-même empêché l'accomplissement (3).

(1) L. 8, pr. ff. *de peric. et commod. rei venditæ.*

(2) L. 27, § 4, ff. *de receptis.*

(3) L. 85, § 7, ff. *de verb. oblig.*; l. 81, § 1, ff. *de condit. et dem.*; l. 39, ff. *de regulis juris.*

On conçoit que, dans ce système, il n'y avait pas de recours possible contre la sentence (1). La voie de l'appel suppose un premier degré de juridiction déjà subi ; or la sentence des arbitres n'avait pas l'autorité d'un jugement. Si la sentence avait été rendue sous l'influence du dol pratiqué par l'une des parties, l'autre pouvait cependant opposer à l'action née du compromis l'exception résultant du dol (2). ART.

Sous Justinien la sentence des arbitres prit un autre caractère. Il établit que, si les parties avaient compromis sous la foi du serment, ou si l'arbitre s'était engagé sous la même sanction à juger *cum omni veritate*, la sentence devenait obligatoire. Le demandeur en faveur duquel la sentence était prononcée y puisait le principe d'une action ; le défendeur, s'il gagnait sa cause, trouvait dans la sentence une exception (3). Mais, quoique l'action ou l'exception fussent nées de la décision arbitrale, et qu'elles eussent pour objet d'assurer son autorité, il ne faut pas croire que la sentence dût être assi-

(1) L. 27, § 2, ff. *de receptis*; l. 1, Cod. eod.

(2) L. 31, ff. *de receptis*.

(3) L. 4, Cod. *de receptis*.

Art. milée au jugement rendu par un juge revêtu de pouvoirs publics. Ce n'était pas l'action *judicati* qui pouvait être exercée en vertu de la décision arbitrale, c'était l'action *in factum*, ou la *condictio ex lege*, ou l'action *in rem utilis*. La sentence n'était, en effet, que le complément d'une convention privée, *pactio privata*; mais l'obligation contractée n'avait pas pour objet le payement d'une peine qu'il n'était plus nécessaire de stipuler, elle avait pour objet direct l'exécution de la sentence, qui puisait sa force dans le serment prêté par l'arbitre ou les parties. Aussi les actions n'étaient-elles pas données pour commencer un nouveau procès, mais, à l'image de l'action *judicati*, pour arriver à l'*exécution* de la sentence par l'intervention du magistrat (1). — Les mêmes actions ou exceptions devaient résulter de la sentence arbitrale alors même qu'il n'était pas intervenu de serment, si les parties l'avaient approuvée par écrit, ou si elles ratifiaient tacitement la sentence en ne déclarant pas dans les dix jours leur refus de l'accepter (2). — On conçoit que la sentence arbitrale ne produisant pas l'action *judicati*, et

(1) L. 5, Cod. *de receptis*. On peut reconnaître là le germe de l'homologation des sentences arbitrales par le juge ordinaire.

(2) L. 5, Cod. *de receptis*.

n'empruntant sa force que du serment ou de l'approbation des parties, elle ne pouvait être attaquée par la voie de l'appel. ART.

Enfin, par la novelle 82, Justinien revint au système primitif. Le serment était devenu un moyen d'enchaîner un plaideur à la sentence d'arbitres ignorants ou corrompus. De là des réclamations nombreuses, qui ressemblaient à des parjures. Pour remédier à ces scandales, Justinien défendit de compromettre avec serment, et voulut qu'à l'avenir une peine fût stipulée, réservant aux parties la faculté de payer la peine ou de s'en tenir à la décision arbitrale.

Je suis entré dans ces détails de la procédure romaine parce que la physionomie de l'arbitrage fut, dans notre ancienne législation, une copie presque toujours fidèle des traits distinctifs de l'arbitrage romain. « Nule riens ne tient nostre usages ne des mises ne des miseurs, fors ce que des lois vienent, disait Pierre de Fontaines; et por ce veil-je que tu saches coment eles en parolent (1). » Puis il traduit servilement le titre correspondant du Digeste. On reconnaîtra facilement l'origine toute romaine

(1) Conseil, chap. 19.

ART. de ces paroles de Beaumanoir : « Encore par le coustume, les parties qui se metent en arbitrage se doivent lier el compromis par foi, par pleges ou par paine ; et s'il ne se lient par aucun de ces trois liens, li arbitrages est de nule valor (1). »

Mais on conçoit que le principe qui donnait à la sentence l'irrévocable autorité d'une transaction devait froisser l'intérêt des juges ordinaires. Ils ouvrirent devant leurs tribunaux un accès aux plaideurs toujours disposés à protester contre la sentence qui les condamne. Aussi apparaît-il que, dès le temps de Beaumanoir, on pouvait appeler de la sentence arbitrale. C'est du moins ce que fit *ce borgois* dont il nous raconte l'histoire, lequel fut si outrageusement condamné par des arbitres. Il avait *occis* le palefroi de son voisin et fait à celui-ci *grant vilonie :* « Quant il l'ot fet, il s'en repenti et fist parler de pes à celi qu'il avoit vilené et fu pes fete, en tele manière que cil qui fist le meffet l'amenderoit selonc le dit et l'ordenance de trois des amis à celi qui ot le vilonnie. » Le bourgeois s'aperçut bientôt que les amis de son voisin n'étaient pas les siens : « Ils rendirent l'ordenance en tele maniere que

(1) Coutumes du Beauvoisis, chap. 41.

cil qui avoit fet le vilonie yroit à Nostre Dame de Boulongne nus piés; et quant il seroit revenus en se meson, il n'i porroit estre que oyt jors; et au noevisme jor, il moveroit à aler à Saint Jaque en Galisse; et quant il seroit revenus, il moveroit au noevisme jor, à pié à aler à Saint Gille en Provence; et quant il seroit revenus il moveroit au quinsime jor à aler outre mer et y demorroit trois ans. Et aveques ce il donroit à celi qui il vilena trois cens livres. » Quand le bourgeois ouït cette sentence il déclara : « Qu'il ne tenroit jà tel dit ne tel ordenance, porce que trop estoit demesurée, por si petit meffet. » A quoi l'autre partie répondait qu'il s'était obligé à tenir la sentence *et avoit fet seurté par pleges*. « Et sor ce se mistrent en droit se tele ordenance seroit tenue. Il fu jugié que l'ordenance ne tenroit pas et que ce que li ordeneur avoient dit, seroit de nule valeur porce qu'il avoient trop outrageusement passé mesure (1). »

(1) Coutumes du Beauvoisis, chap. 41. Toutefois le recours au juge ordinaire n'était pas encore érigé en principe, car Beaumanoir enseigne que : « Li segneur sunt mult tenu à fere tenir les mises et à fere paier ce qui est rendu à partie par le sentence des arbitres; ne ne doit pas soufrir c'on remete en plet ce de quoi on se mist en arbitres. »

ART.

ART. Un siècle plus tard, Bouteiller disait : « Encore peux et dois savoir que jaçoit ce que les parties se soient abessées au dit des arbitres, par condition d'accepter leur dit et qu'il y ait les trois conditions ci-dessus dites, foy, peine et jour *et promis que jamais n'appelleront* néantmoins *peuvent en appeller* les parties si leur plaist (1). »

La justice arbitrale devenait ainsi presque illusoire. Il ne suffisait pas que les parties eussent promis *par foy* de s'en tenir à la sentence, il fallait encore qu'une peine eût été expressément stipulée; sinon la partie condamnée pouvait impunément refuser de tenir l'arbitrage. La peine avait-elle été promise, le plaideur, nonobstant toutes renonciations, pouvait, sans encourir la peine, se pourvoir par appel devant le juge ordinaire; elle n'était due que lorsque, la sentence des arbitres étant confirmée par le juge ordinaire, on voulait appeler encore devant le juge supérieur, à quoi le plaideur n'était reçu qu'en payant préalablement la peine apposée en l'arbitrage, sauf à la recouvrer s'il triomphait en fin de cause (2).

On était bien loin du temps où la loi ro-

(1) Somme rural, livre 2, tit. 3.

(2) Ordonnance de 1510, art. 34.

maine faisait un devoir aux parties de supporter, avec une fermeté stoïque, les conséquences du compromis : *Sibi imputet qui compromisit : minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet* (1). On ouvrait à la mauvaise foi du plaideur une voie facile ; le serment n'était même plus un lien qui mît obstacle au droit inaliénable d'interjeter appel : *quià juramentum non debet esse vinculum iniquitatis* (2) ; la peine n'était plus encourue par le seul fait d'avoir refusé d'obéir à la sentence, elle n'était que le châtiment d'une attaque imprudente et la conséquence de la défaite. L'arbitrage avait ainsi complétement perdu son caractère primitif ; introduit pour terminer les procès à l'image de la transaction, il n'était plus qu'un premier pas dans les voies judiciaires, et rarement le plaideur s'en tenait à cette épreuve, entraîné par l'espoir d'échapper en même temps à la sentence et à la peine. Au lieu d'être obligatoire comme convention, l'arbitrage était obligatoire comme jugement, et, à ce titre, soumis à toutes les attaques par lesquelles peut être combattue l'autorité de la chose jugée : *Quod miror*, ART.

(1) L. 27, § 2, ff. *de receptis*.
(2) Rebuffe, *Tractat. de arbitris*, n° 13.

ART. disait Cujas, *nam refragatur et arbitrii natura ac ratio vera* (1).

Il est facile de reconnaître dans cette transformation l'influence des justices ordinaires. L'ordonnance du mois d'août 1560 corrigea du moins en partie les abus de cette jurisprudence. Elle établit que les jugements donnés sur le compromis des parties seraient valables, *encore qu'en iceux compromis n'y eût aucune peine apposée;* qu'on ne pourrait se pourvoir par appel *qu'ils ne fussent préalablement exécutés tant en principal et dépens qu'en la peine, si peine y avait été apposée,* sans espérance d'icelle recouvrer *quoique ladite sentence fût infirmée en tout ou partie*; qu'enfin l'appel serait relevé directement *au parlement* ou *au présidial*, s'il s'agissait de choses dont les présidiaux peuvent juger en dernier ressort. Ces dispositions furent confirmées par l'article 152 de l'ordonnance de 1629. Elles ne furent cependant pas uniformément suivies dans toutes les cours du royaume (2).

(1) Consultat. 12. — Henrys, moins enthousiaste des lois romaines, approuve au contraire cette innovation, liv. 2, quest. 47, n° 4.

(2) Ainsi la jurisprudence des parlements de Paris et de Toulouse, du moins dans les derniers temps, consi-

L'Assemblée constituante et la Convention, plus favorables aux arbitrages, déclarèrent qu'il ne serait point permis d'appeler des sentences arbitrales, à moins que les parties ne se fussent *expressément réservé* par le compromis la faculté de l'appel. Ces principes furent de nouveau consacrés par la constitution de l'an III et par la loi organique du 27 ventôse an VIII (1). ART.

Dans notre code de procédure, l'arbitrage a conservé sa nature judiciaire, et la sentence des arbitres son autorité comme jugement; il n'est même plus nécessaire que les parties se réservent le droit d'appel; ce droit leur appartient, à moins qu'elles ne déclarent y renoncer.

Mais il ne faut pas perdre de vue que le principe de l'arbitrage se trouve dans le consentement des parties, et que cet accord donne à la procédure arbitrale un caractère mixte entre

dérait la peine comme purement comminatoire. V. Valin sur la coutume de la Rochelle, art. 61, n° 28, et sur l'ord. de 1681, liv. 3, tit. 6, art. 73; Maynard, liv. 2, chap. 66.

(1) Loi du 24 août 1790, tit. 1, art. 4 et 5; constitution du 24 juin 1793, art. 87; constitution de l'an III, art. 211; loi du 27 ventôse an VIII, art. 3.

ART. le contrat résultat du concours des volontés, et le quasi-contrat judiciaire dans lequel les volontés sont en conflit.

On ne confondra pas l'arbitrage avec ces contrats dans lesquels un tiers est indiqué pour déterminer les éléments de la convention, dont l'effet reste en suspens jusqu'à cette opération matérielle. Lorsque l'article 1592 du code civil permet de laisser le prix de la vente à l'*arbitrage* d'un tiers, il ne faut pas voir, dans la fixation à laquelle celui-ci procède, une sentence arbitrale : l'arbitre proprement dit, désigné par un compromis, attribue à l'une des parties des droits qui lui sont contestés, impose à l'autre des obligations qu'elle essayait de méconnaître; en fixant le prix de la vente, l'arbitre ne fait que déterminer la mesure des droits et des obligations que l'une et l'autre des parties acceptent et reconnaissent. Si les pouvoirs de l'arbitre-juge et ceux de l'arbitre-expert ont une commune origine dans la volonté des parties, la nature de leurs fonctions diffère quant à l'objet sur lequel elles s'exercent. L'arbitrage proprement dit suppose un procès qu'il s'agit de juger; l'autre, un contrat qu'il s'agit de compléter (1).

(1) Peu importe la dénomination d'*arbitre* dans l'ar-

Une contestation existe entre deux parties; elles transigent sur leur différend; puis, les bases de la transaction étant posées, elles désignent un tiers qu'elles chargent de vérifier les éléments d'un compte, ou d'accepter des travaux, ou de fixer le prix incertain d'un objet compris dans la transaction : ce tiers ne sera pas un arbitre-juge, et son opération n'aura pas le caractère d'une sentence arbitrale. La contestation est terminée par l'accord des deux parties avant que le tiers n'ait prononcé. Celui-ci ne doit intervenir que pour dégager les éléments indéterminés du contrat dont les bases sont déjà posées. Sa décision n'est pas un jugement, mais le complément de la transaction (1). ART.

Quelquefois il arrive que les parties, pour terminer leur contestation, remettent entre les mains de personnes choisies par elles un blanc seing, et les chargent d'établir, au-dessus des signatures, une décision qui devient, sous

ticle 1592, de même que peu importerait que les parties eussent, dans un véritable compromis, employé celle d'*experts;* c'est par la nature de la mission conférée qu'il faut se décider. Amiens, 15 juin 1824; Dalloz, 26, 2, 61.

(1) On conçoit que je n'entends pas poser une règle absolue, car la solution peut être modifiée suivant les termes de la convention des parties.

ART. forme de convention, la loi des parties. A considérer la réalité des choses, ce serait un arbitrage; car les parties ne peuvent savoir quelle est la mesure des obligations que leur imposera la décision; elles sont soumises à toutes les chances du plaideur : si l'on veut s'en tenir à la forme, c'est une transaction ou une renonciation au droit litigieux. En apparence l'adhésion serait contemporaine du traité; en réalité le consentement précède. C'est la forme qui l'emporte et qui doit déterminer le caractère de l'acte, en lui donnant la force et l'autorité d'une convention. Ce mode de régler les différends avait été réprouvé jadis par plusieurs arrêts qui le signalaient comme une espèce de faux (1).

Ce purisme de doctrine s'explique facilement, si l'on observe que c'était un moyen de soustraire la décision des arbitres à la juridiction des parlements, puisque, rédigée sous forme de convention et signée par les parties, elle ne

(1) Arrêt du parlement d'Aix, du 26 février 1647, rapporté par Boniface, tome 1, liv. 1, tit. 24; arrêt de la cour des aides de Paris, du 15 juillet 1750, rapporté par Calonne, Observations sur les coutumes, etc., p. 485. — Rodier, sur le titre 26 de l'ordonnance, cite des arrêts du parlement de Toulouse qui ont annulé des transactions faites en vertu de procurations vagues, *ce qui sentoit bien la sentence arbitrale.*

pouvait être frappée d'appel. Ces scrupules ne reposeraient aujourd'hui sur aucun prétexte (1). ART.

Sous un autre point de vue, ce ne serait pas un arbitrage que constitueraient les parties, en soumettant leur contestation à la décision d'un tribunal qu'elles auraient elles-mêmes désigné, bien qu'à raison de sa circonscription territoriale il ne dût pas être leur juge. Il n'y aurait même pas arbitrage dans l'hypothèse prévue par l'article 7 du code du procédure, lorsque les parties se présentant volontairement devant un juge de paix, lui demandent jugement, bien qu'il ne soit le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. C'est ici comme dans l'arbitrage, en vertu du consentement des parties, que la juridiction s'exerce; mais ce consentement ne crée pas la juridiction, il la proroge; il ne substitue pas des pouvoirs purement conventionnels aux pou-

(1) Les juges devraient cependant annuler une transaction de cette nature, comme étant une sentence arbitrale déguisée, si les parties capables de transiger n'avaient pas capacité pour compromettre, par exemple les syndics d'une faillite ; ou si l'objet litigieux pouvait être la matière d'une transaction, mais non d'un compromis, par exemple les dons et legs alimentaires. V. *inf.*, p. 482.

ART. voirs publics dont le juge est investi ; les deux pouvoirs concourent sans se détruire ou s'absorber. C'est le consentement des parties qui provoque la décision, c'est en vertu des pouvoirs judiciaires qu'elle est prononcée (1).

Quelques mots sur l'arbitrage forcé. Inconnu dans la jurisprudence romaine, on le trouve en germe dans les injonctions de l'Eglise aux membres du clergé avant l'organisation des juridictions ecclésiastiques : *Apud arbitros ex utrâque parte electos audiatur negotium* (2). On sait qu'il fut introduit par l'ordonnance de 1560, pour les affaires concernant les marchands et pour les partages et division des héritages, redditions de compte de tutelle, restitutions de dot ou délivrance de douaire entre père et mère, aïeuls et aïeules, enfants et enfants des enfants, frères, sœurs, oncles, et enfants des frères et sœurs, *pour entretenir amitié*

(1) Aussi a-t-il été jugé avec raison que les parties ne peuvent conférer au tribunal le droit de les juger d'après les seules règles de l'équité comme *amiables compositeurs* ; arrêt de la cour de cassation du 30 août 1815 ; Dalloz, Jurisp. génér., tome 1, p. 682. — Mais les magistrats, comme on le verra plus loin, peuvent individuellement exercer les fonctions d'arbitres.

(2) Concile de Chalcédoine, Can. IX.

et paix entre proches parents (1). L'ordonnance de 1673 avait consacré l'arbitrage forcé en matière de société de commerce (2). ART.

Les lois de la révolution s'approprièrent ces idées ; la loi du 24 août 1790 eut ses tribunaux de famille, qui n'étaient en réalité qu'un arbitrage forcé (3); j'ai déjà cité les décrets de la Convention qui étendirent aux contestations sur les donations et successions, et aux procès relatifs aux biens communaux, l'obligation de subir la justice arbitrale (4). L'appel même fut interdit. On sait combien de spoliations se cachèrent alors sous les apparences d'une justice populaire. L'iniquité procède toujours par les mêmes voies ; les spoliations de l'an II et de l'an III ne furent que de tristes représailles. L'ordonnance de Blois de 1579, article 264, enjoignait « d'informer contre ceux qui, de leur propre autorité, ont osté et soustrait les lettres, titres et autres enseignements de leurs

(1) Cette disposition fut confirmée par l'art. 83 de l'ordonnance de Moulins de 1566, mais elle ne fut pas mieux exécutée.

(2) Titre 4, art. 9.

(3) Titre 10, art. 12 et suiv. — L'appel, dans ce cas, était de droit, sans qu'il fût nécessaire de le réserver.

(4) V. *suprà*, p. 427, à la note 1.

ART. sujets, *pour s'accomoder des communes dont ils jouissoient auparavant, ou sous prétexte d'accord les ont forcés de se soumettre à l'avis de telles personnes que bon leur a semblé* : déclarant dès à présent telles soumissions, compromis, transactions, ou sentences arbitrales ainsi faites de nul effet. » Les procédés, comme on le voit, étaient les mêmes, les rôles seuls étaient changés. — Les tribunaux de famille et la juridiction des arbitres forcés furent abolis par la loi du 9 ventôse an IV, et la loi du 4 brumaire an IV ouvrit la voie de l'appel contre tous les jugements arbitraux qui, sous l'empire des lois abrogées, avaient été rendus en dernier ressort, par suite d'arrêtés de représentants du peuple portant établissement d'arbitrages forcés.

L'article 51 du code de commerce a conservé pour les sociétés de commerce la règle de l'arbitrage forcé. Il y a plus : à la différence des lois précédentes il a rattaché leur juridiction à l'intérêt public et à l'organisation judiciaire, de sorte que les tribunaux saisis d'une contestation entre associés devraient se dessaisir d'office, et nonobstant le consentement des parties à plaider devant eux, les renvoyer à se pourvoir en nomination d'arbitres (1).

(1) V. *suprà*, p. 248.

Mais on conçoit que si les attributions conférées aux tribunaux ordinaires n'enlèvent pas aux parties le droit de se faire juger par des arbitres, à plus forte raison peuvent-elles renoncer à l'arbitrage forcé pour soumettre à l'arbitrage volontaire les contestations sur lesquelles devrait s'étendre la compétence des arbitres forcés. Comme l'a dit la cour de cassation, « il n'est ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi de priver des associés du droit essentiel et primitif qui appartient à tous les citoyens, de se faire juger par des arbitres volontaires (1). » Art.

Ceci exige une explication. Il ne faut pas croire qu'il suffise que la volonté des parties concoure avec la volonté de la loi, pour qu'en matière de société l'arbitrage volontaire se trouve substitué à l'arbitrage forcé. Ainsi entendu, le principe posé ne présenterait aucune utilité pratique. Il faut admettre que les parties ont voulu répudier l'application des règles spéciales à l'arbitrage forcé, pour suivre exclusivement celles qui régissent l'arbitrage volontaire. Ce qui suppose évidemment qu'il existe entre les deux espèces d'arbitrages des différences tranchées, non-seulement quant à leur

(1) Arrêts du 16 juillet 1817 et du 1er mai 1822; Dalloz, Jurisp. gén., tome 1, p. 633 et suiv.

ART. origine, qui se trouve pour l'un dans la convention des parties, pour l'autre dans la volonté du législateur ; mais encore relativement à la forme de procéder et aux voies de recours permises contre la sentence. Nous rencontrerons ces différences en suivant pas à pas la marche de la procédure devant les deux juridictions.

La jurisprudence de la cour de cassation a consacré, dans plusieurs arrêts, une importante distinction entre les fonctions de l'arbitre volontaire et celles de l'arbitre forcé. Les arbitres forcés, à la différence des arbitres volontaires, agiraient dans l'exercice de leurs fonctions *avec un caractère public;* la distinction n'est pas purement théorique, elle a son influence sur la solution de questions nombreuses que soulève la matière des arbitrages (1).

(1) Arrêts de la cour de cassation des 15 juillet 1836, 29 avril 1837 et 15 mai 1838 ; Dalloz, 36, 1, 345; 37, 1, 352; 38, 1, 228. Par ces arrêts la cour de cassation déclare les lois spéciales sur la diffamation contre des personnes *ayant agi dans un caractère public*, applicables aux arbitres forcés, tout en reconnaissant qu'ils ne sont pas dépositaires de l'*autorité publique;* et cependant elle a refusé d'appliquer ces mêmes lois aux notaires diffamés à raison de leurs fonctions, parce qu'ils ne sont pas dé-

M. le procureur général Dupin, en combattant cette doctrine, a épuisé toutes les richesses d'une admirable érudition et les ressources d'une dialectique entraînante. Ce serait une témérité bien grande d'essayer une démonstration contraire, si l'autorité de l'arrêt ne venait balancer l'imposante autorité du réquisitoire. Art.

Que l'arbitre forcé ne soit pas un *fonctionnaire public*, je le concède. L'institution du souverain fait seule le véritable juge, le vrai magistrat, parce qu'elle lui confère un caractère permanent, indépendant de l'exercice actuel de la mission qu'il a reçue. La plupart des arguments présentés par M. Dupin tendaient à cette démonstration d'une incontestable vérité.

L'exercice accidentel et transitoire de fonctions publiques n'imprime pas à celui qui les remplit une qualité inhérente à sa personne. La qualité dérive non du fait, mais du droit, d'une aptitude spéciale consacrée par l'auto-

positaires de l'autorité publique, et quoiqu'ils soient déclarés *fonctionnaires publics* par l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI (arrêt du 9 septembre 1836; Dalloz, 36, 1, 347). — Ce côté spécial de la question a peu d'importance au point de vue où je dois me placer.

ART. rité souveraine, et non d'une immixtion exceptionnelle dans les attributions des pouvoirs publics. Un avocat n'est pas un fonctionnaire; qui doute cependant qu'appelé sur le siége du magistrat pour rendre la justice, il n'agisse dans un caractère public? Pourtant il n'a pas reçu l'investiture des fonctions de juge; le serment qu'il a prêté n'est pas celui du magistrat; les juges près desquels il va s'asseoir ne le choisissent pas dans les rangs du barreau pour lui communiquer le pouvoir qui réside en eux; sa présence à l'audience, le privilége de l'ancienneté sont les seules conditions qui légitiment sa participation accidentelle à l'exercice des fonctions judiciaires. — Le citoyen que le juge désigne pour remplir les fonctions de greffier, à défaut du titulaire empêché, ne remplit-il pas temporairement des fonctions publiques (1)? — Le citoyen chargé de la redoutable mission de déclarer l'innocence ou la culpabilité d'un accusé, le juré n'est pas un fonctionnaire public : les fonctions qu'il remplit sont des fonctions publiques, le caractère dans lequel il agit est un caractère public. — Il en faut dire autant des jurés chargés de procéder à la fixation de l'indemnité dans le

(1) Dictionn. d'A. Dalloz, v° Greffier, n° 66.

cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

La distinction que j'ai voulu établir est expressément confirmée par l'article 20 de la loi du 26 mai 1819 : « Nul ne sera admis à prouver la vérité de faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre des dépositaires ou agents de l'autorité, *ou contre toutes personnes ayant agi dans un caractère public*, de faits relatifs à leurs fonctions. »

Sans doute le cercle des personnes qui peuvent être appelées à remplir momentanément des fonctions publiques sera plus ou moins restreint, suivant la capacité particulière qu'exige la nature de ces fonctions. Le mode d'après lequel elles se trouvent investies de ce pouvoir temporaire peut varier suivant la diversité des hypothèses. Les conditions d'après lesquelles un citoyen est apte à compléter un tribunal ne sont pas les mêmes que celles qui constituent la capacité du juré. C'est l'ordre d'inscription qui sert à désigner l'avocat ou le notable commerçant qui seront appelés à compléter un tribunal; c'est le sort qui désigne le juré; c'est le juge qui désigne le citoyen chargé de remplir, en l'absence du titulaire, les fonctions de greffier.

Il importe donc peu que l'arbitre forcé soit choisi par les parties, ou que le tribunal,

ART. substituant son propre fait à celui de la partie, l'ait désigné lui-même ; peu importe que les fonctions conférées soient libres ou imposées. Il ne s'agit pas de définir le titre et la qualité de la personne, mais de déterminer la nature des fonctions, abstraction faite de la qualité inhérente à la personne. Il faut s'attacher exclusivement au caractère des actes ; et, si ces actes supposent une communication des pouvoirs publics, les fonctions exercées seront des fonctions publiques ; l'exercice de ces actes confère un caractère public à celui qui, pour les remplir, se trouve dans les conditions exigées, de même qu'il constitue une usurpation si ces conditions lui manquent.

La justice est une dette que la société contracte vis-à-vis des citoyens. Sans doute le plaideur a le droit de préférer à la justice sociale une justice privée ; de substituer à la solennité de l'audience le huis-clos et l'inviolabilité du domicile ; aux garanties judiciaires, la garantie d'une équité que n'enchaîne pas la règle inflexible des formes ; de chercher ailleurs que sur le siége du magistrat, ce *vir bonus :*

Qui consulta patrum, qui leges juraque servat,
Quo multæ magnæque secantur judice lites (1).

(1) Horace, Epîtres, livre I, 16.

C'est à l'arbitrage volontaire que le plaideur recourt, c'est lui qui crée la juridiction, et qui, par la puissance de sa volonté, fixe en même temps la compétence. On ne peut dire alors que l'arbitre choisi exerce des fonctions publiques, qu'il soit revêtu d'un caractère public. Ses pouvoirs, loin de s'exercer pour l'acquit de la société, ont pour cause la volonté de soustraire la contestation aux juges délégués par la société; et si la loi veut que la sentence de l'arbitre soit déclarée exécutoire par le magistrat, c'est par respect pour la liberté des conventions, et non pas en considération du caractère de l'arbitre qui a prononcé la sentence. ART.

Mais, lorsqu'il s'agit de l'arbitrage forcé, la question change de face. Ce n'est plus par l'effet de leur volonté que les parties se soumettent à la juridiction des arbitres. Leur volonté n'intervient que pour choisir les juges, mais elle ne crée pas la juridiction. C'est la loi qui l'établit; c'est l'autorité publique qui reconnaît pour ses délégués ceux que les parties, ou à leur défaut le tribunal, investiront de cette mission élevée, puisqu'elle règle la compétence des arbitres forcés, et qu'elle distrait des attributions faites à la justice ordinaire, celles qu'elle a conférées à ce tribunal

Art. exceptionnel. L'autorité souveraine a-t-elle donc abdiqué ses pouvoirs, aliéné ses prérogatives, n'a-t-elle pas de protection à exercer sur les intérêts confiés à la justice des arbitres forcés ? En refusant aux parties l'accès des juridictions ordinaires, elle aurait donc entendu leur dire : Vous demandez justice ; la société n'a pas de tribunaux pour vous, elle ne veille pas sur vos droits ; ceux à qui sont délégués ses pouvoirs n'ont d'autre rôle à remplir, dans les contestations qui vous divisent, que d'homologuer la sentence que vos mandataires auront prononcée. — Ce langage ne peut être celui du législateur ; c'est *dans un intérêt public* qu'il institue, en matière de société, une juridiction spéciale. Aux dissensions intérieures il donne pour remède une justice sans publicité ; à des plaideurs que leurs prétentions divisent, mais que réunit le lien de l'association, elle donne des juges conciliateurs. Ces juges remplissent leurs fonctions dans un intérêt public, on ne peut donc se méprendre sur la nature de leurs fonctions et sur l'origine de leurs pouvoirs.

Que ces pouvoirs soient plus restreints que ceux des juges ordinaires, on le conçoit ; que le législateur, en conférant aux arbitres forcés une partie des attributions judiciaires, ait

réservé d'autres attributions qu'ils ne peuvent Art.
exercer, on peut le reconnaître, sans qu'il en 1003.
doive résulter aucune conséquence de nature à 1004.
compromettre le principe.

Les idées générales que je viens d'exposer suffisent pour faire comprendre le caractère de l'arbitrage. J'ai montré qu'il n'est devenu une véritable juridiction que lorsque le droit d'appel contre la sentence fut introduit par l'usage ou par l'influence des justices seigneuriales. On verra cependant que l'arbitrage volontaire a conservé quelques nuances de son caractère primitif. On sait quelles différences séparent l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé; j'aurai plus d'une fois à signaler les conséquences de la distinction établie. Il est temps d'arriver aux textes et d'indiquer sous quelles conditions peut être constitué l'un et l'autre arbitrage. Sur ce premier point, j'examinerai successivement : — quelles personnes peuvent compromettre et peuvent être nommées arbitres; — sur quels objets on peut compromettre; — quelles sont les formes du compromis.

J'ai dit que l'arbitrage volontaire reposait sur une convention. Le compromis, comme toute

ART. 1003. 1004. convention, n'exige pas seulement la capacité des parties contractantes ; il faut de plus certaines conditions qui se rapportent à l'objet même du contrat. Mais ces conditions sont plus rigoureuses en ce qui concerne le compromis. La capacité de contracter n'implique pas nécessairement celle de compromettre, et de même la chose qui peut être l'objet d'une convention ordinaire n'est pas toujours de celles sur lesquelles il est permis de compromettre. La partie qui transige sur ses intérêts sait ce qu'elle abandonne, elle peut mesurer à l'avance l'étendue de son sacrifice. Celui qui compromet n'a pas la volonté d'aliéner, et cependant l'événement qu'il ignore, la décision des arbitres, peut imposer à ses intérêts le sacrifice imprévu du droit litigieux tout entier. La faculté de compromettre ne s'étend donc pas à toutes les matières qui peuvent être l'objet d'un procès ou même d'une transaction. Pour la validité de cette convention, il faut que l'objet en litige soit complétement en dehors des intérêts de l'ordre public, que la contestation, par conséquent, ne soit pas de celles qui, devant les tribunaux ordinaires, appelleraient l'intervention du magistrat chargé des intérêts de la société. — Il y a donc deux conditions requises

pour que le compromis soit valable, l'une qui concerne la capacité des personnes, — l'autre qui se rattache à l'objet du compromis.

Art. 1003. 1004.

« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la *libre* disposition. » Pour compromettre il faut donc une capacité entière et parfaite de disposer de la chose objet du litige, c'est-à-dire même de l'aliéner, au moins à titre onéreux. Mais, pour expliquer la portée de ce principe, il ne faut pas le séparer de cette autre règle, qui défend de compromettre sur aucune des contestations sujettes à communication au ministère public, car souvent cette communication est exigée à raison de la personne qui plaide plutôt qu'en considération de la matière. D'ailleurs la nécessité de l'intervention du ministère public est presque toujours une preuve décisive que la partie n'a pas la libre disposition du droit contesté.

Si l'on rapproche les deux principes, pour éclairer la solution des questions diverses qui peuvent s'élever sur la capacité de compromettre, on décidera que les mineurs et les interdits, ou leurs tuteurs en leur nom, sont incapables de compromettre. — Il en sera de même des curateurs chargés de la gestion des

Art. 1003. 1004. biens d'un absent, ou des envoyés en possession provisoire ; — d'un curateur à succession vacante ; — d'une femme non autorisée par son mari, ou même autorisée, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal et qu'il s'agit de ses biens constitués en dot ; — les représentants de l'État, des départements, des communes, des établissements publics ne peuvent compromettre (1). Dans toutes ces hypothèses il ne saurait y avoir de difficultés sérieuses. L'article 83 du code de procédure est le complément de la règle que l'article 1004 a établie.

Relativement au mineur émancipé il n'y a pas de règle générale à établir. Il ne peut compromettre, même avec l'assistance de son curateur sur ses droits immobiliers, car il n'en a pas la libre disposition ; il est soumis, pour leur aliénation, aux mêmes formes que le mineur qui se trouve encore dans les liens de la tutelle. —Quant aux actions mobilières, il peut les intenter ou y défendre sans l'assistance de son

(1) Dans notre ancienne jurisprudence, on considérait comme valable le compromis fait par un mineur avec l'autorité de son tuteur, par les syndics ou échevins au nom des communautés, etc. V. Jousse, de l'Administration de la justice, tome 2, page 689. — V. toutefois le Dictionn. de Prost de Royer, v° Arbitres, n° 22.

curateur (1). Mais, en ce qui concerne le droit de compromettre, je crois qu'il faut distinguer suivant que les droits en litige se rapportent ou ne se rapportent pas à de simples actes d'administration. S'il s'agit d'un droit mobilier en dehors des actes d'administration, le mineur émancipé ne peut pas compromettre; pour les actes purement volontaires qui ne concernent pas la gestion de ses biens, il est assimilé au mineur non émancipé (2); il n'a pas la libre disposition de ses droits, car il ne pourrait transiger sans observer les formes exigées dans l'intérêt de celui-ci; à plus forte raison ne peut-il pas compromettre. Si la loi lui permet de figurer en justice sans l'assistance de son curateur, c'est qu'il doit trouver, dans l'intervention du ministère public et dans la vigilance des magistrats, des garanties qu'il ne trouverait plus devant la justice arbitrale.—Mais j'accorderais à l'émancipé le droit de compromettre sans être assisté de son curateur, sur les contestations relatives aux actes de pure administration. Pour la gestion de ses biens il est assimilé au majeur. La communication au ministère public

Art. 1003. 1004.

(1) Argument de l'article 482 du code civil.

(2) Code civil, art. 484.

ART. ne serait pas nécessaire s'il procédait devant la
1003. justice régulière; de sorte que son droit de
1004. compromettre, incontestable au point de vue de l'article 1003, ne peut être détruit par la disposition restrictive de l'article 1004.

On comprend qu'à plus forte raison le mineur commerçant peut valablement compromettre sur les contestations relatives à son commerce, puisque sa capacité, quant à ses intérêts commerciaux, est assimilée à la capacité du majeur (1).

La femme mariée peut, avec l'autorisation de son mari, compromettre sur les contestations concernant ses biens propres ou paraphernaux, ou même ses biens dotaux stipulés aliénables (2). Mais cette autorisation serait-elle nécessaire à la femme séparée de biens pour compromettre sur les contestations relatives à l'administration de ses biens ou à son mobilier, dont l'article 1549 du code civil lui donne le droit de disposer? Je crois qu'il faut tenir l'affirmative. La femme, sous quelque régime qu'elle soit mariée, ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ou,

(1) Code civil, art. 487.

(2) V. tome 2, p. 288.

sur le refus du mari, sans l'autorisation de la justice (1). La femme ne peut se soustraire à l'obligation de solliciter l'autorisation maritale, en recourant à la juridiction des arbitres; et d'un autre côté, si les juges peuvent l'autoriser en cas de refus du mari, l'autorisation ne doit pas avoir pour résultat de permettre à la femme de substituer aux garanties de la justice régulière les hasards de la justice arbitrale (2). Ces principes s'appliquent même à la femme qui exerce le commerce en vertu de l'autorisation de son mari. Art. 1003. 1004.

Le mari, bien qu'il exerce seul les actions possessoires et mobilières de la femme commune en biens (3), ne pourrait cependant compromettre, sans le concours de la femme, sur des contestations de cette nature. Il n'est en effet qu'un administrateur, et comme il ne pourrait aliéner qu'avec le consentement de sa

(1) Code civil, art. 215 et 218.

(2) L'ancienne jurisprudence, dont les principes étaient moins rigoureux que ceux des articles 1003 et 1004, ne permettait pas aux femmes de compromettre, si ce n'est de l'autorité de leur mari. V. Chassanée, sur la coutume de Bretagne, titre *des droits des gens mariés*, § 1, n° 9; Jousse, Traité de l'administration de la justice, p. 690, n° 15.

(3) Code civil, art. 1428.

Art. femme, il ne peut compromettre sur les droits
1003. de celle-ci que sous la même condition. A plus
1004. forte raison ne peut-il compromettre seul, lorsqu'il s'agit des droits immobiliers de la femme (1).

Le prodigue peut compromettre avec l'assistance de son conseil judiciaire. Cette assistance suffirait pour donner une irrévocable sanction soit à une transaction, soit à l'aliénation des objets en litige; cette protection suffit également au prodigue dans les instances où il figure, et la communication au ministère public ne me paraît point exigée. Non que je veuille équivoquer sur la dénomination de *conseil* opposée à celle de *curateur;* le motif c'est que cette assistance donne au prodigue une entière capacité, et que la disposition de l'art. 83 doit s'entendre des causes concernant les incapables, ou les parties qui, n'étant pas en nom dans l'instance, plaident par l'intermédiaire d'un représentant (2).

(1) Le mari, sous le régime de la communauté, pourrait compromettre sur les contestations relatives à l'administration des biens propres de la femme, car il administre non pour la femme, mais pour la communauté qu'il représente.

(2) V. tome 2, p. 289.

L'héritier bénéficiaire ne peut compromettre sans abdiquer la qualité qu'il a prise et sans devenir héritier pur et simple; le compromis, il est vrai, pourrait n'avoir pour objet que des contestations relatives à l'administration des biens héréditaires. Or les actes d'administration rentrent dans les attributions de l'héritier bénéficiaire (1). Il semblerait donc qu'il y aurait identité entre la position du mineur émancipé et celle de l'héritier bénéficiaire; et que si l'un peut valablement compromettre sur les contestations relatives aux actes de pure administration, l'autre peut en faire autant sans perdre sa qualité d'héritier bénéficiaire. Mais il y a cette différence entre eux, que l'émancipé administre pour lui-même, et qu'il a, sous ce rapport, la libre disposition de ses droits, tandis que l'héritier bénéficiaire administre pour les créanciers de la succession et leur doit compte de sa gestion. Il se trouve dans la même position que le tuteur ou le curateur à succession vacante, qui sont eux aussi des administrateurs. Seulement le compromis fait par ces derniers serait nul; le compromis fait par l'héritier est valable, parce que, s'il est incompatible avec les pouvoirs de l'admi-

Art. 1003. 1004.

(1) Code civil, art. 803.

Art. nistrateur, il vaut comme acte d'héritier pur
1003. et simple, et c'est en cette qualité que l'héritier
1004. doit être réputé avoir compromis (1).

Les syndics d'une faillite ne peuvent jamais compromettre. Leur qualité d'administrateurs les place dans la catégorie des curateurs, dont la présence, aux termes de l'article 83, rend nécessaire la communication au ministère public. Ils n'ont pas la libre disposition des droits appartenant à la masse des créanciers. Il est vrai qu'aux termes de l'article 487 du code de commerce, les syndics peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, transiger sur les contestations qui intéressent la masse, et que la transaction n'est même pas soumise à l'homologation de la justice lorsque les valeurs litigieuses n'excèdent pas trois cents francs; mais, s'il est toujours exact de conclure de la prohibition de transiger à l'incapacité de compromettre, il n'est pas également exact d'induire de la faculté de transiger celle de compromettre (2). D'ailleurs les syndics n'agissent pas en leur nom personnel, mais au nom du failli et de la masse des créanciers, et sous ce point

(1) Arrêt de la cour de cassation du 20 juillet 1814.
(2) Code civil, art. 1989.

de vue les contestations dans lesquelles ils figu- Art.
rent seraient communicables, sinon d'après la 1003.
lettre, au moins d'après l'esprit de l'article 83. 1004.

Le condamné qui, pendant la durée de sa peine, se trouve en état d'interdiction légale, ne peut pas compromettre (1). Ce n'est pas la capacité intellectuelle qui lui manque; la loi déclare l'incapacité du mineur ou de l'interdit judiciaire; mais elle crée l'incapacité du condamné en lui enlevant, à titre de peine, le droit de disposer, pour qu'il ne trouve pas, dans l'aliénation de ses biens, un moyen de rendre illusoires les rigueurs de la condamnation (2). On verra bientôt que cette différence dans les causes de l'incapacité produit certains effets quant à l'extension qu'elle doit recevoir (3). La loi cependant assimile l'interdit légal à l'interdit judiciaire quant aux moyens de pourvoir à l'administration de ses biens; dans les procès qui le concernent il est représenté par un tuteur, ce qui rend nécessaire la communication au ministère public. L'incapacité de compromettre est donc justifiée sous un double rap-

(1) Code pénal, art. 29.

(2) Code pénal, art. 30 et 31.

(3) V. *infrà*, p. 480.

Art. 1003. 1004. port, que l'on applique la disposition de l'article 1003, ou celle de l'article 1004.

L'accusé en état de contumace, qui ne se représente pas dans les dix jours qui suivent l'ordonnance dont parle l'article 465 du code d'instruction criminelle, est également frappé d'une incapacité légale. Toute action en justice lui est interdite pendant l'instruction de la contumace, et ses biens sont séquestrés pendant le même temps. Il ne peut donc pas compromettre. Le but que la loi se propose est de forcer l'accusé à déférer aux injonctions de la justice criminelle; ce but serait manqué, s'il pouvait recourir à la juridiction des arbitres (1).

S'il persiste dans sa contumace, et qu'il soit frappé d'une peine temporaire afflictive et infamante ou seulement infamante, la régie des domaines, à partir de l'exécution par effigie,

(1) Mais l'accusé en état de contumace peut être assigné comme défendeur à la requête de ses créanciers (argument de l'art. 124 du code de proc.). — V. arrêt de Toulouse, du 1er avril 1840; Dalloz, 41, 2, 47. A cette première période de la contumace, l'administration des domaines aurait seulement, comme séquestre, le droit de prendre des mesures conservatoires.

est investie de l'administration de ses biens (1). Art.
A cette seconde période la loi n'interdit pas les 1003.
actions en justice, mais elles sont exercées 1004.
par le directeur des domaines chargé du séquestre; c'est contre lui qu'elles doivent être dirigées. Le condamné n'est pas, il est vrai, en état d'interdiction; il n'a pas, comme le condamné que frappe un arrêt contradictoire, un tuteur chargé de le représenter; mais, quant aux actions judiciaires, il n'est pas dans une position plus favorable. Il ne peut les intenter ni y défendre, c'est par un représentant qu'il comparaît devant la justice; de sorte qu'il n'a pas la libre disposition de ses droits, et par conséquent il ne peut compromettre tant qu'il ne se présente pas devant la justice criminelle ou qu'il n'a pas prescrit sa peine.

Il faut en dire autant du condamné par contumace à une peine emportant mort civile. Sa position pendant la période des cinq années de grâce est la même que celle du condamné à temps (2).

Mais que faut-il décider pour le mort civilement, soit que la mort civile résulte d'une con-

(1) Code d'inst. crim., art. 471.
(2) Code civil, art. 28.

Art. 1003. 1004. damnation contradictoire, soit qu'elle se trouve encourue à l'expiration des cinq années de grâce contre le condamné par contumace (1)? On conçoit que la question ne peut se présenter qu'en supposant une contestation qui s'élève à propos des biens acquis depuis la mort civile encourue. En principe, le mort civilement a la disposition de ces biens; mais la raison de douter en ce qui concerne le droit de compromettre se trouve dans l'article 25 du code civil. On y voit qu'il ne peut procéder en justice, soit en demandant, soit en défendant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée. Si l'action était portée devant le tribunal ordinaire, elle serait évidemment communicable; dès lors il semble qu'elle ne peut être l'objet d'un compromis.—Mais si l'on considère le motif pour lequel la loi impose au mort civilement cette nécessité d'employer le ministère d'un tiers pour comparaître devant la justice, on reconnaîtra facilement qu'il ne faut en induire aucune incapacité quant au droit de compromettre et de comparaître en personne devant les arbitres volontaires. Le législateur n'a pas voulu que le

(1) Code civil, art. 27.

condamné vînt en présence de la justice sociale ART.
qui l'a frappé donner lui-même une sorte de 1003.
démenti à la fiction qui le répute mort et qui 1004.
le retranche de la société : « Les lois civiles, disait Richer, ne sont pas faites pour ceux qui sont dans les liens de la mort civile, puisqu'elles les ont bannis de la société : ils ne peuvent donc en implorer l'assistance (1). » C'est pour cela que le mort civilement ne peut comparaître en justice que par l'intermédiaire d'un curateur. Sa capacité de disposer à titre onéreux est entière : ce n'est donc pas un protecteur que la loi lui donne; et si les conclusions du ministère public sont nécessaires dans les procès où il figure, c'est parce que cette répulsion de la justice rendant indispensable l'intermédiaire d'un représentant, il fallait veiller à ce que les intérêts matériels du représenté ne pussent en souffrir aucune atteinte. Mais il ne faut pas en conclure que les causes où figure le mort civilement étant communicables, il ne puisse valablement compromettre; car, ce qui rend la cause communicable, c'est le mode d'agir qui lui est imposé devant la justice régulière; or rien ne s'oppose à ce qu'il comparaisse en personne devant des juges privés, et si la

(1) De la mort civile, p. 251.

Art. 1003. 1004. cause n'est pas d'ailleurs communicable à raison de son objet, je pense que le compromis sera valable (1).

On pourrait soulever encore, sur le droit de compromettre, de nombreuses questions relatives non plus à la capacité juridique de la personne, mais à l'étendue des pouvoirs dont serait investi le mandataire qui compromet au nom d'autrui. Ces sortes de questions se résolvent par l'appréciation des termes du mandat et par l'application de cette règle, que « le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre (2). »

Le créancier solidaire ne peut compromettre que pour la part qui lui revient personnellement dans la créance (3).

Quant aux associés, on distingue générale-

(1) C'est l'opinion de M. Rodière, tome 3, p. 7; mais cet auteur a tort de décider *qu'à plus forte raison* le condamné par contumace à une peine emportant mort civile peut compromettre pendant le délai de grâce ; car le condamné par contumace est privé de l'exercice de ses droits et de l'administration de ses biens, tandis que le mort civil a le droit de faire tous les contrats et tous les actes qui ne sont pas du pur droit civil.

(2) Code civil, art. 1989.

(3) Argument des articles 1198 et 1365 du code civil.

ment entre les sociétés civiles et commerciales. ART.
Dans les sociétés civiles, il n'y a pas d'être 1003.
juridique dont les intérêts puissent être consi- 1004.
dérés comme distincts de ceux des associés. Les intérêts communs qui existent entre les membres de la société ne peuvent être engagés par les actes de l'un d'eux que dans la mesure des pouvoirs qu'il a reçus des autres ; ce sont les règles générales du mandat qu'il faut alors appliquer.

Dans les sociétés de commerce, en nom collectif ou en commandite, l'associé qui s'engage sous la raison sociale oblige l'être juridique, la société ; un seul des associés a-t-il été désigné par l'acte social pour gérer les affaires de la société, à lui seul appartiendra le pouvoir d'obliger la société. Ce n'est pas seulement comme créancier solidaire ou comme mandataire qu'il agit, c'est comme personnification des intérêts sociaux. Le compromis sera donc obligatoire pour tous les coassociés.

Dans la société en participation, il faut distinguer suivant que l'affaire sur laquelle on compromet a été négociée par un seul des participants ou par tous. Dans le premier cas, le compromis sera fait valablement par l'associé qui seul avait contracté dans l'intérêt com-

Art. mun ; dans le second cas, il faudra le concours
1003. des autres.
1004. La société anonyme est représentée par des gérants qui puisent leur droit non dans la constitution de la société, mais dans le mandat qui leur est conféré par les associés ou actionnaires. Ils ne peuvent donc compromettre qu'en vertu d'une autorisation expresse émanée des intéressés (1).

Les questions concernant la capacité des parties se compliquent encore de difficultés théoriques sur les nullités *relatives* ou *absolues*. On connaît le principe de l'artile 1125 du code civil : « Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté. » Cette règle est-elle applicable au compromis ? La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens que la partie capable ne peut se prévaloir de l'incapacité de l'autre partie pour demander la nullité de la sentence arbitrale et refuser de l'exécuter (2). On trouve

(1) V. sur ces diverses questions l'Encyclopédie du droit de MM. Sebire et Carteret, v° Arbitrage, art. 5, § 4, n°s 109 et suiv.

(2) V. le Dict. de procédure de Bioche, v° Arbitrage, n° 75.

un puissant argument en faveur de cette doc- Art.
trine dans la disposition de l'article 480, n° 8, 1003.
du code de procédure. Mais, en ce qui con- 1004.
cerne le compromis lui-même et sa force obligatoire avant que les arbitres n'aient statué, il y a plus de difficulté. La partie qui imprudemment s'est liée vis-à-vis l'incapable est-elle obligée de se soumettre aux chances défavorables de la décision que rendront ultérieurement les arbitres, et de procéder devant eux, sans pouvoir espérer de ramener à exécution la sentence qui serait prononcée en sa faveur? Je ne saurais le croire; le compromis n'est qu'un moyen pour arriver au but que les parties se proposent, c'est-à-dire à la sentence qui doit déterminer leurs droits et leurs obligations. Si ce moyen est inefficace en ce sens que dans une hypothèse donnée la décision ne mettra pas fin au litige, on ne peut refuser à la partie le droit de recourir à des moyens plus sûrs d'atteindre le but proposé, en s'adressant à la justice ordinaire pour obtenir une décision que l'une et l'autre partie soit tenue de respecter. On trouve dans la loi romaine un texte qui contient le germe de la distinction que j'ai posée: *Si pupillus sinè tutoris auctoritate compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare;*

Art. *quia si contra eum pronuntietur, pœnâ non*
1003. *tenetur* (1). L'arbitre lui-même n'est pas tenu
1004. de prononcer sur le compromis fait par l'incapable, parce qu'il y a incertitude si la sentence produira ou ne produira pas effet; le vice de l'incapacité n'est donc pas ici simplement relatif: mais si l'arbitre prononce, l'incertitude sur l'efficacité de la sentence a cessé; est-elle prononcée contre l'incapable, *pœnâ non tenetur;* est-elle prononcée en sa faveur, l'incapable peut s'en prévaloir; la nullité est alors seulement relative.

Cette doctrine s'appliquera toutes les fois que l'incapacité déclarée par la loi aura pour cause l'intérêt de la personne incapable, soit que le compromis émane de l'incapable lui-même, soit qu'il ait été fait par le protecteur que la loi lui donne pour représenter sa personne ou pour administrer ses biens.

La loi romaine va nous fournir encore les éléments d'une autre règle qui n'est pas sans importance. Il y a des incapacités de telle nature qu'elles doivent toujours être considérées comme absolues, et que le vice qui en résulte peut être opposé par les deux parties, même après la sentence prononcée : *Si servus*

(1) L. 35, ff. *de receptis.*

compromiserit, non cogendum dicere senten- ART.
tiam arbitrum ; nec si dixerit, pœnæ executio- 1003.
nem dandam de peculio putat Octavenus. Sed an, 1004.
si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus ; sed magis est ut non detur (1). Ici ce n'est pas seulement contre l'incapable, l'esclave, que l'exécution de la peine promise ne peut être poursuivie; la sentence est considérée comme non avenue, même à l'égard du capable, l'homme libre. C'est que l'esclave n'a pu obliger par le compromis, ni son maître, ni lui-même; son incapacité est absolue, parce qu'elle est fondée sur une sorte d'indignité qui ne lui permet pas de participer à un contrat présentant quelque analogie avec le quasi-contrat judiciaire (2).

On fera dans notre droit l'application de ce principe à deux hypothèses diverses : — lorsque l'incapacité est créée comme pénalité légale; — lorsque le compromis a été fait par un tiers non autorisé, ou par un fondé de pouvoirs qui, agissant au nom d'autrui, a excédé les

(1) L. 32, § 8, ff. *de receptis.*

(2) L'esclave n'avait pas le droit d'ester en jugement, *stare in judicio*, et par suite on lui interdisait les actes d'une nature analogue, tels que le compromis et la délation du serment. L. 5, § 2, ff. *de peculio.*

ART. 1004. bornes de son mandat. Dans ce cas il n'y a ni obligation contractée, ni droit créé pour la personne au nom de laquelle ils ont agi (1).

Il y a des objets sur lesquels il n'est pas permis de compromettre, quelle que soit d'ailleurs la capacité des parties. L'article 1004 place dans cette catégorie les dons et legs d'aliments, les séparations, les questions d'état. Ces matières se rattachent à l'intérêt public; c'est pour cela qu'en généralisant le principe, l'article ajoute qu'on ne peut compromettre sur les causes sujettes à communication au ministère public.

Ces restrictions du droit de compromettre, écrites dans les lois romaines, étaient admises dans notre ancien droit (2). La prohibition relative aux dons et legs d'aliments est empruntée à une constitution de Marc-Aurèle, qui avait interdit de transiger sur les legs alimentaires sans la permission du préteur, dans la crainte que l'on n'abusât de la détresse du légataire pour

(1) Code civil, art. 1119 et 1998.

(2) L. 32, § 6 et 7, ff. *de receptis;* sur l'ancienne jurisprudence, v. Beaumanoir, chap. 41; Jousse, traité de l'Administration de la justice, p. 692. La loi du 24 août 1790 ne contient aucune disposition relative à l'objet du compromis.

lui imposer des sacrifices et obtenir l'abandon d'une partie de ses droits (1). Mais rien n'empêcherait de compromettre sur les aliments ayant une autre origine qu'un acte de libéralité. Il n'y a plus alors d'affectation spéciale ; le donateur ou le testateur, en indiquant l'emploi de la prestation qu'ils concèdent, peuvent lier celui qui profite de la libéralité ; la loi s'associe à leur intention en prohibant le compromis. Mais celui qui stipule une prestation à titre onéreux ne peut se lier lui-même et donner à la prestation promise, en la qualifiant *alimentaire*, le privilége de l'indisponibilité. — Quant aux aliments qui sont dus *jure sanguinis et naturæ*, il est évident qu'ils ne peuvent être l'objet d'un compromis. ART. 1004.

Les arrérages à échoir sont les seuls qui ne puissent être l'objet d'un compromis. Les arrérages échus doivent être considérés comme ayant perdu leur destination alimentaire : *non vivitur in præteritum* (2).

(1) L. 8, ff. *de transactionibus*. Le code civil n'interdit pas la transaction, de sorte que l'on ne peut conclure de la prohibition de compromettre à celle de transiger, parce que le droit de transiger comporte plus d'extension que celui de compromettre.

(2) V. Merlin, Répertoire, v° aliments, § 8. — L. 8, Cod. *detransact*.

Art. 1004. En ce qui concerne les questions d'état, une seule observation. La défense de compromettre est fondée sur ce que les parties ne peuvent ni renoncer à leur état ni s'en constituer un par des actes volontaires. Il en est de même pour les séparations entre mari et femme (1); l'ordre public est intéressé dans ces sortes de questions, et la cause est toujours communicable. Il faut cependant distinguer suivant que la question d'état est incidemment soulevée devant les arbitres à propos d'intérêts pécuniaires que leur aurait soumis le compromis, ou qu'elle est l'objet direct et principal de la contestation. Dans ce dernier cas, le compromis est nul, parce que la juridiction des arbitres ne peut être saisie; dans l'autre cas, les arbitres doivent uniquement s'abstenir de statuer sur la question préjudicielle, et renvoyer les parties devant le tribunal ordinaire pour faire régler leur état, sauf à revenir devant eux pour recevoir jugement sur les intérêts pécuniaires subordonnés à la question d'état (2).

On peut compromettre sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit (3).

(1) Code civil, art. 307 et 1443.

(2) Je reviendrai sur ce point dans mes explications sur l'article 1015.

(3) Argument de l'article 2046 du code civil.

La loi permet de compromettre sur l'appel ou sur la requête civile dirigés contre un jugement dont l'objet ne rentre pas dans les prohibitions des articles 1003 et 1004. Dans ce cas l'arbitrage est toujours volontaire, alors même qu'il aurait été forcé au premier degré de juridiction. Art. 1010.

Le droit de compromettre sur requête civile soulève cependant une difficulté assez grave. La requête civile est communicable au ministère public (1); il semble donc que l'arbitrage devrait être proscrit, par application de l'article 1004. M. Rodière propose une conciliation ingénieuse : la communication au ministère public ne serait nécessaire que lorsque l'on se trouve à la première période de la requête civile, et qu'il s'agit de faire tomber la décision attaquée; on ne pourrait compromettre sur l'admission des moyens de requête civile, c'est-à-dire sur le rescindant. Mais, le jugement ou l'arrêt étant rescindé, les parties auraient le droit de compromettre sur le fond du procès, c'est-à-dire sur le rescisoire, parce que la communication ne serait plus exigée. C'est en ce sens qu'il faudrait appliquer la disposition de l'art. 1010 (2).

(1) Code de procédure, art. 498.

(2) Exposition raisonnée, tome 3, p. 10.

Art. 1010. —Mais les termes de cet article ne comportent pas cette restriction, puisqu'ils supposent un compromis sur la requête civile elle-même. On peut d'ailleurs expliquer facilement cette contradiction apparente, ou, si l'on veut, justifier l'exception à la règle de l'article 1004 qui défend de compromettre sur les causes communicables. La communication au ministère public est en effet exigée par le seul motif que la dignité du juge est engagée dans la contestation dont l'objet est d'obtenir de lui-même la rétractation de la décision qu'il a prononcée. C'est le recours aux mêmes juges qui rend la communication nécessaire ; on ne peut donc argumenter de cette règle lorsque cesse le motif pour lequel on l'a introduite.

Observez cependant que les parties ne pourraient soumettre aux arbitres la seule question du rescindant, pour revenir ensuite, armées de la sentence arbitrale, demander au tribunal qui a rendu le jugement attaqué, de substituer une décision nouvelle à celle que les arbitres auraient annulée. La dignité de la justice est incompatible avec cette soumission qui lui serait imposée aux sentences arbitrales rendues sur la validité de ses propres décisions. — Les arbitres pourraient au contraire statuer uni-

quement sur la question du rescisoire, après que la question du rescindant aurait été jugée par le tribunal compétent. Art. 1010.

C'est ainsi que les arbitres pourraient, par un compromis sur appel, être saisis avec le fond du procès de la question de savoir si les premiers juges ont statué en premier ou en dernier ressort. Tandis que leur décision rendue sur cette question isolée que le compromis leur aurait soumise, serait nulle en ce sens que la partie ne pourrait s'en prévaloir devant les juges ordinaires pour soutenir qu'il y a chose jugée en faveur de la recevabilité de son appel.

Enfin la décision des arbitres par laquelle, en vertu d'un compromis sur pourvoi en cassation, ils déclareraient nul comme contraire aux lois un arrêt ou un jugement en dernier ressort, n'aurait aucune valeur légale qui pût s'opposer à ce que la partie se prévalût de l'autorité de l'arrêt ou jugement déclaré nul, si le fond du procès était porté devant le même tribunal, la même cour, ou devant des tribunaux différents; mais si les arbitres étaient investis du droit de statuer au fond, la décision qu'ils substitueraient à la décision souveraine du tribunal ou de la cour serait obligatoire pour les parties.

Art. 1010. Ils pourraient, à plus forte raison, statuer sur le fond du procès après cassation prononcée par la cour suprême.

Toutes ces solutions se résument ainsi : les arbitres peuvent accessoirement au fond du procès qui par sa nature est susceptible de compromis, statuer sur les questions de nullité qui se rattachent aux décisions judiciaires précédemment rendues, bien que la dignité de la justice exige la communication au ministère public lorsque ces questions sont portées devant les juges ordinaires. Mais leurs décisions rendues exclusivement sur ces sortes de questions n'ont aucune force légale lorsqu'elles laissent entier le fond de la contestation, et que les parties reviennent devant les juges ordinaires. L'administration de la justice ne doit pas être altérée par cette immixtion des juges privés, de même qu'elle ne peut être asservie à des conventions particulières.

1004. On a soulevé, relativement à l'arbitrage volontaire, une question qui me semble dépourvue d'intérêt ; on s'est demandé si les arbitres pouvaient statuer sur leur propre compétence lorsqu'elle est contestée par l'une des parties, ou s'ils devaient renvoyer devant

les juges ordinaires pour faire statuer par préa- Art.
lable sur l'étendue de leurs pouvoirs (1). Poser 1004.
cette question, c'est admettre que les arbitres volontaires ont comme les juges une compétence déterminée par la loi ; or leurs pouvoirs ne sont limités que par la convention des parties; s'ils les dépassent, il y a de leur part *excès de pouvoir*, mais non pas *incompétence*. Ils sont dans la position du juge qui statuerait sur choses non demandées, ce qui frappe la sentence de nullité, mais non du vice d'incompétence (2). Il n'y a donc pas de question préalable sur la compétence des arbitres volontaires; c'est leur sentence au fond qui détermine s'ils sont restés dans les limites du compromis ou s'ils les ont dépassées. Quant à la nullité du compromis, elle ne peut être prononcée par les arbitres, car si le compromis est nul à raison de son objet ou de l'incapacité des parties, ils n'ont pas le pouvoir de juger; ils doivent se borner à refuser la mission qui leur serait conférée.

La nullité du compromis, à raison de son

(1) V. Carré, Lois de la procédure, quest. 3281.

(2) Aussi, comme on le verra plus loin, est-ce par la voie de nullité et non par la voie d'appel que la sentence des arbitres peut être attaquée dans ce cas (code de proc., art. 1028).

Art. objet, doit être considérée comme absolue;
1004. je ne ferais d'exception à cette règle que dans le cas où le compromis a pour objet des dons ou legs d'aliments: la prohibition dans ce cas n'est introduite que dans l'intérêt du donataire ou légataire.

Les questions relatives à la capacité des parties et à l'objet du compromis ne présentent pas le même intérêt lorsqu'il s'agit d'arbitrage forcé. C'est la loi et non la volonté des parties qui établit leur juridiction. Peu importe que des incapables soient intéressés dans les débats qui s'élèvent à l'occasion d'une société commerciale, car la compétence des arbitres forcés est déterminée par la nature de la contestation. Les incapables plaideront devant eux avec l'assistance ou par l'intermédiaire des protecteurs ou des représentants que la loi leur donne (1). Quant à la compétence des arbitres forcés, elle a ses limites légales; elle peut donc être contestée, et les arbitres sont juges de leur propre compétence. A la différence des arbitres volontaires qui peuvent

(1) Par conséquent le mort civilement devrait, devant les arbitres forcés revêtus de pouvoirs publics, comparaître par l'intermédiaire d'un curateur.

connaître de toutes les matières sur lesquelles ART.
un texte précis ne défend pas de compromettre, 1004.
les arbitres forcés ne peuvent statuer en cette qualité que sur les contestations que la loi leur attribue. Aussi, relativement à certains incidents, leurs pouvoirs sont-ils bien plus restreints que ceux des arbitres volontaires (1).

Le compromis, parfait par le consentement des parties capables, ne peut recevoir l'exécution qu'il comporte que par l'accession ultérieure de la volonté des arbitres qu'il désigne. En consentant à juger la contestation des parties, l'arbitre contracte une obligation qui, suivant la rigueur des principes, devrait, comme toute autre obligation de faire, se résoudre en dommages et intérêts dans le cas d'inexécution.

L'obligation de l'arbitre doit-elle être considérée comme le résultat d'un mandat ou d'un louage de services? — On peut, en qualité de mandataire, transiger pour autrui; le mandataire agit alors dans l'intérêt exclusif du mandant; il prend dans le contrat le rôle intéressé de la partie qu'il représente; il agit à sa place comme elle eût pu le faire elle-même. Mais l'arbitre n'est pas la personnification des inté-

(1) V. mes explications sur l'art. 1015.

ART. 1004. rêts exclusifs de l'un ou de l'autre des plaideurs. Loin de représenter les parties, il se trouve en contact avec elles dans l'exercice de ses attributions; ce sont les parties elles-mêmes qui dirigent leurs intérêts et qui gèrent leur propre chose; l'arbitre ne prend en main que les intérêts de la justice, et ne doit compte qu'à sa conscience. — La mission de l'arbitre répugne davantage encore à l'idée d'un louage de services. Sa sentence n'est pas une simple consultation, une opinion émise sur les difficultés qui divisent les plaideurs; elle les oblige l'un envers l'autre, elle crée entre eux des rapports nouveaux sans que leur volonté concoure à cette création, quoique leur volonté même y résiste. Rien de semblable dans le contrat de louage, où le service promis peut avoir pour objet l'accomplissement d'une œuvre matérielle ou intellectuelle, mais non la création d'un lien de droit.

La position de l'arbitre a pourtant quelques affinités avec celle du mandataire. L'arbitre oblige les parties, de même que le mandataire oblige la partie au nom de laquelle il agit. Comme celui-ci, l'arbitre peut renoncer à la mission qu'il avait acceptée. Il n'est tenu de l'accomplir que s'il a commencé les opéra-

tions. La plupart des causes qui mettent fin au mandat font également cesser les pouvoirs de l'arbitre (1). Ces analogies expliquent l'assimilation établie par le président Favre entre le mandat et l'arbitrage : *Mandato proximè accedit, cùm arbiter compromissarius intelligatur mandatum habere à litigatoribus, ut de controversiâ in quâ electus fuit pronuntiet* (2). L'orateur du tribunat, dans son discours sur le titre des arbitrages, disait en termes plus précis : « Les arbitres reçoivent des parties *un véritable mandat* (3). » Art.

D'où procèdent donc les différences signalées ntre le mandataire et l'arbitre? De la position particulière que lui donne la confiance respective des parties. Choisi ou accepté par elles, il tient en main des intérêts non-seulement différents, mais contraires; de sorte qu'il ne peut protéger comme mandataire les intérêts d'une partie, sans contrevenir au mandat qu'il a reçu de l'autre (4). Ce conflit

(1) V. mes explications sur l'article 1012.

(2) *Rationalia*, sur la loi 3, § 1, ff. *de receptis*.

(3) Rapport de M. Mallarmé, orateur du tribunat, § 9 (séance du 29 avril 1806).

(4) La pratique a depuis longtemps démontré que les arbitres perdent souvent de vue cette importante vérité.

Art. des intérêts qui lui sont confiés exige donc qu'il procède, non comme représentant des plaideurs, mais en vertu d'une autorité personnelle et indépendante; la nécessité de concilier les exigences opposées auxquelles il doit satisfaire le dégage, dans l'accomplissement de sa mission, des devoirs relatifs du mandataire, pour l'asservir à une règle absolue, le DROIT qui domine les prétentions des parties, les consacre ou les proscrit. L'impartialité de l'arbitre est la même que celle du juge. L'impartialité de l'un tient à l'indépendance originaire de ses pouvoirs; celle de l'autre n'est pas compromise par l'origine contractuelle de la mission qu'il remplit, parce que les influences qui en résultent se neutralisent entre elles pour laisser exclusivement dominer l'influence du droit et de la justice.

On peut donc, sous quelques rapports, considérer la mission de l'arbitre comme un mandat conféré par l'une et l'autre des parties. Cette analogie a son utilité, si l'on veut rechercher quelles personnes peuvent légalement exercer les fonctions d'arbitres.

Dans le droit romain les incapacités étaient des exceptions fort restreintes. On conçoit qu'à

une époque où les fonctions de *juge* étaient exercées par les citoyens, il dût s'établir une certaine corrélation entre la capacité du juge et celle de l'arbitre désigné par le compromis. Les pupilles, les furieux, les sourds, les muets, les esclaves, les femmes, du moins au temps de Justinien, ne pouvaient remplir les fonctions d'arbitres (1). ART.

Dans les premiers temps de notre jurisprudence, on ne fit que concilier avec l'organisation féodale le principe du droit romain. On put être arbitre à quinze ans dans les lieux où, la majorité étant fixée à quinze ans, le vassal pouvait à cet âge desservir son fief et siéger en la cour (2); les femmes que Justinien avait éloignées des fonctions d'arbitres de peur qu'elles n'oubliassent, au milieu de la cohue des plaideurs, leur chaste réserve et les devoirs de la famille, les femmes qui avaient *voix et répons en court*, pouvaient recevoir l'arbitrage : « Par lor usage *qui le nostre soumet*, dit Pierre de Fontaines, ont-elles assez plus grant pooir que de mise prendre sor soi, car eles ont voiz

(1) V. l. 7 et 9, ff. *de receptis;* l. 6, Cod. *eod.*

(2) V. Beaumanoir, chap. 15, n° 14, et chap. 41, n° 12.

Art.

jus ès jugemenz (1). » Les serfs, les moines cloîtrés, *quià religiosus dicitur servus suæ religionis,* ne pouvaient être pris pour arbitres.

Plus tard la jurisprudence suivit une autre direction. La justice n'était plus directement exercée par le seigneur du fief, mais par des juges qu'il déléguait ; et comme l'exercice des fonctions de juge supposait certaines connaissances de légiste, on arriva par analogie à demander à l'arbitre une capacité intellectuelle en rapport avec la nature du procès, au lieu de poser des règles absolues quant au droit de recevoir l'arbitrage.

Les femmes ne pouvant plus être juges, ne furent plus capables d'être arbitres. On ne faisait d'exception qu'en faveur des reines et des princesses; quelques auteurs proposaient d'étendre jusqu'aux duchesses cette courtoise prérogative (2). Le mineur pouvait être arbitre s'il était d'une capacité notoire, si, par exemple, il avait pris ses grades dans une faculté de droit (3); tandis que l'on déclarait nulle la sentence de l'arbitre, même majeur, si sa profession faisait supposer une ignorance incom-

(1) Chap. 19, n° 74.

(2) V. Jousse, de l'Administ. de la justice, t. 2, p. 695.

(3) V. Répertoire, 4e édit., v° arbitrage, p. 332.

patible avec la mission qu'il était chargé de remplir. C'est ce qui arriva, l'an 1674, à Toulouse, où, pour obtenir la restitution de sa dot et son augment, une veuve mariée en secondes noces compromit avec l'héritière de son défunt mari. Les arbitres choisis furent un chandelier en compagnie d'un jardinier. Ces doctes personnages ne se trouvèrent pas d'accord sur l'interprétation de la loi 1 au Code *De secundis nuptiis*, et de l'authentique *Eisdem pœnis*; ils prirent pour tiers arbitre un forgeron. Le parlement cassa la sentence sans examen du fond, et renvoya les parties à se pourvoir devant le juge ordinaire (1). ART.

Ces décisions portaient l'empreinte de l'arbitraire, et ces fantaisies de magistrat étaient réprouvées par des auteurs recommandables, tels que Domat, suivant lequel « le choix des parties tient lieu de preuve que les arbitres sont capables de juger les affaires qu'on met entre leurs maius (2). »

(1) Albert, Recueil d'arrêts, chap. 25. — Cet arrêt est cité par tous les anciens auteurs.

(2) Droit public, livre 2, titre 7, section 2, n° 1. — La coutume de Bretagne, art. 17, portait : « Les parties peuvent librement compromettre de leurs différends en telle personne que bon leur semble, fors et excepté en leurs juges ordinaires qui ne peuvent être leurs sujets. »

ART. Il y avait une incompatibilité spécialement établie dans l'ancienne législation entre les fonctions d'arbitre et la qualité de juge. Cette incompatibilité n'existait pas seulement en ce sens que les juges du tribunal auquel était dévolue l'affaire ne pouvaient cumuler le double caractère de juge public et de juge privé, et s'affranchir, comme arbitres, des formes imposées au magistrat (1). La défense avait une autre portée; car elle s'appliquait même aux juges pris individuellement et non comme tribunal (2). C'était un emprunt aux lois romaines : *Si quis judex sit, arbitrium recipere ejus rei de quâ judex est, inve se compromitti jubere prohibetur lege Juliâ; et si sententiam dixerit, non est danda pœnæ persecutio* (3). — Mais l'application de ce texte se trouvait détournée de l'hypothèse qu'il était destiné à règler : à Rome les magistrats pouvaient être pris pour arbitres (4). Le *judex* n'était pas un magistrat

(1) V. *suprà*, p. 450, à la note 1.

(2) Ordonnances de 1535, chap. 1, art. 75; de 1539, art. 99; coutume de Bretagne, art. 18.

(3) L. 9, § 2, ff. *de receptis*.

(4) C'est ce qui résulte de la loi 3, § 3, et de la loi 4, ff. *de receptis;* seulement on distinguait entre les magistrats supérieurs et les magistrats subalternes; ces der-

chargé de fonctions permanentes, c'était un citoyen auquel la qualité de juge n'appartenait qu'en vertu de la délégation du préteur et pour une affaire déterminée. Investi de sa mission par l'autorité publique, il ne pouvait à cette mission publique substituer, par l'acceptation de l'arbitrage, des pouvoirs purement privés. C'est ce qu'avait fort bien expliqué d'Argentré dans son Commentaire sur la coutume de Bretagne (1). Peut-être aussi cette règle était-elle fondée sur les effets autrefois produits par la litiscontestation qui, éteignant l'obligation primitive, substituait à cette obligation celle de subir les conséquences de la décision prononcée par le *judex*. Quoi qu'il en soit, notre ancienne jurisprudence accueillit le principe, parce qu'il s'accordait avec les répulsions qu'inspirait aux magistrats l'institution de l'arbitrage. Nos vieux auteurs donnent pour motif de cette incompatibilité entre la mission de l'arbitre et le caractère de juge, que la juridiction arbitrale cause préjudice au seigneur justicier, au duc et au prince; de sorte qu'en acceptant l'arbitrage, le juge seigneurial ou royal aurait été

ART.

niers seuls pouvaient être contraints de rendre la sentence lorsqu'ils avaient accepté l'arbitrage.

(1) Sur l'article 18 de la coutume, n° 4.

ART. complice de cette atteinte portée aux droits de son seigneur ou de son souverain (1). Aussi la prohibition était-elle limitée aux arbitrages entre les sujets ou justiciables de leur juridiction. — Plus tard la jurisprudence des parlements cessa de se conformer en ce point aux ordonnances. Elle permit de choisir les arbitres d'un procès parmi les juges qui étaient appelés à le juger (2).

Cette incompatibilité ne devrait donc pas être admise aujourd'hui. Il est bon toutefois de rappeler aux magistrats ces paroles de Domat, bien que l'opinion qu'il exprime soit dépourvue de sanction légale : « Il est de la dignité d'un juge et de son devoir de ne pas s'abstenir de ses

(1) V. Mazuer, titre 7, n° 9. C'est le motif que donnait, en termes formels, la très-ancienne coutume de Bretagne, rédigée vers l'an 1340 : « Et aussi ne devroient estre arbitres les sénéchaux sur les subjets de leurs sénéchaussies ne de leurs baillies pource qu'il porteroit préjudice ès suzerains seigneurs. » Chap. 324. — En Bretagne, on appelait sénéchaux les juges des seigneurs.

(2) V. Basnage, sur l'article 12 de la coutume de Normandie ; Chorier, *Jurisprudence de Guy-Pape*, sect. 9, art. 4 ; Henrys et Bretonnier, livre 2, quest. 47, observations ; Domat, Droit public, livre 2. tit. 7, sect. 2. —Rodier atteste que l'ordonnance de 1535 était observée dans le parlement de Toulouse.

fonctions, ni se mettre hors d'état de rendre la justice dans les occasions de son ministère; ainsi un juge qui devrait naturellement connaître d'un différend en cette qualité et non comme arbitre, doit demeurer dans cet état, et ne pas s'exposer à ne pouvoir dans la suite rendre la justice par des engagements à un compromis qui pourrait l'obliger à s'abstenir de ses fonctions de juge, soit par une récusation, soit par d'autres suites du compromis (1). » ART.

Les textes de nos codes ne contiennent aucune disposition relative à la capacité des arbitres. Mais il faut des règles qui prémunissent le juge contre les incertitudes, la partie contre les dangers d'une erreur. Ces règles doivent être basées sur la nature de l'arbitrage et sur des analogies légales.

Il faut distinguer entre l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé.

Lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire, les pouvoirs des arbitres puisent leur origine dans la seule volonté des parties. L'ancienne jurisprudence ne tenait pas assez de compte de cet élément dans l'appréciation des qualités de

(1) Droit public, livre 2, tit. 7, sect. 2.

Art. l'arbitre. Elle s'alarmait outre mesure sur les conséquences du compromis, sans observer que les parties qui fixent leur choix sur une personne incapable n'ont de reproches à faire qu'à leur propre imprudence, et n'ont pas le droit de demander à la justice la réparation d'un préjudice qu'elles ont pu prévoir et qu'elles se sont exposées à subir.

Un mineur peut être choisi pour mandataire (1); la transaction qu'il fait dans les limites de ses pouvoirs obligera le mandant, quelque onéreuse qu'elle puisse être. Pourquoi ne pourrait-il être arbitre? Ce n'est pas sans doute parce qu'il est incapable de s'obliger; car la seule conséquence que l'on pourrait en induire, c'est qu'il ne serait pas lié par son acceptation, et qu'il pourrait déserter sa mission, même après avoir commencé à la remplir. Evidemment ce n'est pas à ce point de vue que la question de capacité se présente :

(1) Code civil, art. 1990. — Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que le mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire. Si l'article 1990 a parlé du mineur émancipé, c'est uniquement pour lui appliquer la règle qui restreint sa responsabilité comme mandataire. V. MM. Duranton, tome 18, n° 212; Troplong, du Mandat, n° 332; Zachariæ, tome 3, p. 124.

c'est l'incapacité morale, la faiblesse de l'intelligence qui serait ici le seul obstacle, parce qu'en lui, comme disait Beaumanoir, *ne pot avoir sapience parquoi il puisse estre juge* (1). Mais contre la présomption tirée des lois de la nature, s'élève le choix libre des parties; leur convention est la loi qui l'habilite; autrement, jusqu'où les investigations ne pourraient-elles pas s'étendre? Le majeur serait-il lui-même à l'abri d'une enquête sur l'infirmité de son esprit, et casserait-on encore aujourd'hui la sentence du forgeron de Toulouse (2)? ART.

Objectera-t-on que la capacité d'être arbitre est une prérogative attachée au droit de citoyen? Ce serait, en matière d'arbitrage volontaire, une erreur des plus graves. Il faudrait trouver, à l'appui de cette proposition, un texte ou un motif; en l'absence d'un texte, sur quoi se fonderait-elle? Sur le caractère de l'arbitre? j'ai démontré que l'arbitre volontaire n'agissait pas dans un caractère public (3); sur la nature de sa mission? mais il n'a d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont conférés par la volonté privée des parties. La qualité de citoyen

(1) Coutumes du Beauvoisis, chap. 41.

(2) V. *suprà*, p. 497.

(3) V. *suprà*, p. 458.

Art. n'a d'importance que lorsqu'il s'agit de déterminer les rapports de l'individu avec la société; dans l'arbitrage volontaire, le pouvoir social n'intervient que lorsque la mission de l'arbitre est finie.

Je reconnaîtrais donc la capacité d'être arbitre non-seulement au mineur, mais à la femme, même non autorisée par son mari, au failli, à l'étranger.

Les condamnés à une peine emportant la dégradation civique ou la mort civile peuvent remplir les fonctions d'arbitres (1). On comprend qu'il ne peut s'agir ici que des condamnés à temps qui ont prescrit ou subi leur peine, ou des morts civilement qui ont prescrit la peine principale à laquelle la mort civile est attachée. Pendant la durée de la peine, des obstacles matériels à l'exercice même du droit rendraient superflue toute discussion sur la capacité. Délivré de ses chaînes, mais flétri du stygmate de sa condamnation, l'infâme, comme l'appelait la loi romaine, est habile à faire tous les actes que des prohibitions légales ne lui ont pas interdits.

(1) La loi romaine déclarait les infâmes capables d'être arbitres ; l. 7, ff. *de receptis*. La très-ancienne coutume de Bretagne, chap. 324, les déclarait incapables. La jurisprudence était conforme.

Art.

En partant de ce principe, que les fonctions d'arbitre n'exigent pas la qualité de citoyen, il faudra chercher, en dehors des incapacités civiques qui frappent le condamné, une autre incapacité de laquelle on puisse conclure qu'il ne peut remplir ces fonctions. L'article 25 du code civil et l'article 34 du code pénal enlèvent, il est vrai, au condamné la capacité d'être juré-expert, de figurer comme témoin dans un acte authentique et solennel, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements. Mais qui n'aperçoit le motif de cette incapacité?—Les fonctions d'expert, celles de témoin, établissent une sorte de contrat entre les juges délégués du pouvoir social, et celui qui jure de remplir fidèlement la mission qu'ils lui confient, ou de ne faire entendre devant eux que le langage de la vérité. On comprend que la justice refuse d'associer à son œuvre l'homme qu'elle a frappé d'infamie, quoique ces répugnances se satisfassent au détriment des intérêts privés. — Le témoin instrumentaire coopère à l'authenticité de l'acte; c'est pour cela que la loi exige, comme condition de cette coopération du témoin, la qualité de citoyen français (1).

(1) Loi du 25 ventôse an XI, art. 9.

ART. Mais la justice hésiterait-elle à reconnaître comme valable la fixation faite par le condamné du prix de la vente que les contractants auraient laissé à son arbitrage? C'est une convention privée à la perfection de laquelle il concourt, l'art. 34 du code pénal ne sera pas applicable. Il est vrai qu'il ne juge pas dans cette hypothèse, et qu'il juge en vertu du compromis; oui, mais sa mission, dans les deux cas, est l'œuvre des parties, sans intervention du juge. Le juge n'intervient que pour l'exécution de la sentence, ou pour l'apprécier lorsqu'elle lui est déférée; et s'il repousse du sanctuaire de la justice le condamné qui le souillerait par sa présence, l'anathème doit-il tomber même sur les actes auxquels il a concouru? Il ne faut pas étendre les dispositions pénales; à plus forte raison ne doit-on pas les créer.—Cette solution doit s'appliquer au condamné correctionnellement frappé de l'interdiction de certains droits, au nombre desquels la loi n'a pas placé le droit de remplir les fonctions d'arbitre (1).

Quelques auteurs examinent gravement si l'on peut choisir pour arbitres des furieux, des aveugles, des muets ou des sourds. Sur des questions de ce genre, on pourrait se contenter

(1) Code pénal, art. 42.— V. *infrà*, p. 559.

de dire que ce seraient là des choix bien malheureux. A ceux qui voudraient une autre réponse je dirai comme Beaumanoir : « Che que noz avons dit que sours ne doit pas estre arbitre, noz entendons de cix qui sont si sours qu'il n'oent goute ; car por ce s'il oent dur, sunt il toutes voies (toutefois) de bon entendement quant on parole haut, il ne doivent pas estre débouté (1). » ART.

On doit pressentir ma solution sur les questions de capacité relatives à l'arbitre forcé. La nature des fonctions qu'il remplit indique les conditions de capacité qu'il doit réunir. A la vérité, les textes spéciaux sur l'arbitrage forcé n'en précisent aucune. Mais, pour remplir des fonctions publiques, la première condition requise c'est le titre de citoyen et l'exercice des droits civiques (2). On exclura par conséquent les mineurs, les femmes, les étrangers, le failli non réhabilité, l'héritier immédiat détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli, le domestique à gages attaché au service de la personne, les interdits judiciaires, l'accusé en état de contumace, les

(1) Coutumes du Beauvoisis, chap. 41.

(2) Constitution de l'an III, titre 2, art. 10 et 11.

Art. condamnés soumis à la dégradation civique jusqu'à leur réhabilitation, le mort civilement. le condamné correctionnellement auquel les fonctions publiques sont interdites (1).

Cependant il ne faut pas en conclure que le choix de ces incapables, pour statuer sur une contestation en matière de société commerciale, doive toujours entraîner la nullité de leur sentence. Il faut se rappeler, en effet, que l'arbitrage volontaire, qui peut être substitué à la juridiction des juges investis du caractère de magistrats, peut à plus forte raison prendre la place de la juridiction des arbitres forcés, si les parties ont la libre disposition de leurs droits. — Mais l'incapacité des arbitres vicierait le compromis et la sentence, si parmi les intéressés dans une contestation soumise aux arbitres forcés se trouvait un mineur non commerçant ou toute autre personne à qui la loi défend l'arbitrage volontaire; ou bien si les intéressés même majeurs, et libres de leurs droits, refusant de nommer leurs arbitres en matière de société commerciale, le

(1) Constitution du 3 septembre 1791, art. 6; du 24 juin 1793, art. 5 et 6; de l'an III, art. 12 et 13; de l'an VIII, art. 4 et 5.

tribunal avait désigné d'office des arbitres Art. 1005.
frappés des incapacités que j'ai plus haut énumérées.

Quant à sa forme, le compromis a des règles particulières. Certaines exigences relatives soit aux moyens de le constater, soit à sa teneur, indiquent que le législateur a voulu prémunir les parties contre les entraînements ou l'irréflexion.

J'ai signalé des différences entre la transaction et le compromis : la partie qui transige sait ce qu'elle abandonne; celui qui compromet ignore l'étendue de son sacrifice. Le compromis suppose une capacité plus indépendante que celle de la partie qui transige ; et la transaction peut s'appliquer à des objets sur lesquels il ne serait pas permis de compromettre. On peut donc conclure *à fortiori* que si la loi impose pour la transaction certaines formalités, ses exigences ne seront pas moins rigoureuses relativement au compromis. Aussi trouverons-nous sous ce rapport certaines affinités entre les deux contrats. L'article 2044 du code civil veut que la transaction soit rédigée par écrit. L'article 1005 du code de procédure est pour le compromis la consécration du même principe.

Art. 1003. Le principe de l'arbitrage une fois accueilli, chacun, ami ou ennemi de la justice patriarcale, devait accepter la nécessité d'une preuve écrite de la convention des parties ; les uns qui, voyant dans l'arbitrage le moyen d'échapper aux anxiétés et aux lenteurs de la justice régulière, devaient craindre pour les parties le préliminaire fâcheux d'un procès préalable sur l'existence du compromis (1); les autres qui, n'admettant qu'à regret la juridiction des arbitres, trouvaient dans la nécessité d'un acte écrit un obstacle opposé aux fallacieuses amorces d'une justice simplifiée, ou du moins la manifestation non équivoque d'une intention positive et réfléchie de renoncer aux garanties de la justice régulière.

Il ne faut pas, toutefois, considérer l'écriture comme solennité. C'est comme moyen de preuve qu'elle joue un rôle exclusif. De sorte que le compromis verbal devra produire tous

(1) On peut appliquer au compromis ces paroles du tribun Albisson sur les transactions : « La transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale. » (Rapport au tribunat, le 28 ventôse an XII.)

ses effets, si par des écrits postérieurs son existence est justifiée ; mais, à défaut d'écrits, on ne pourrait recourir à la preuve testimoniale, quelle que fût la modicité de l'objet en litige, alors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit (1). On pourrait seulement provoquer l'aveu de la partie qui conteste l'existence du compromis, en recourant soit à la délation du serment, soit à l'interrogatoire sur faits et articles, soit à la comparution personnelle. Art 1005.

M. Troplong reconnaît qu'une transaction peut être prouvée par l'aveu de la partie ; il repousse cependant le serment et l'interrogatoire comme moyen de preuve du contrat (2). C'est à mon avis une contradiction. On ne peut en même temps admettre l'aveu comme preuve, et refuser à la partie le droit de le provoquer.

Le compromis peut être fait par acte sous signature privée, par acte devant notaire, ou par procès-verbal devant les arbitres choisis. Quelle que soit la forme employée, on doit se conformer aux principes généraux de la preuve

(1) Il faudrait cependant admettre la preuve testimoniale dans le cas prévu par le dernier alinéa de l'art. 1348 du code civil.

(2) Des Transactions, nos 29 et 31.

Art. 1005. littérale, selon la nature de l'acte destiné à constater le compromis.

Est-ce un acte sous signature privée, il faudra le rédiger en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts engagés dans la contestation : le compromis est une convention essentiellement synallagmatique. La nullité résultant de l'inobservation de cette règle ne pourrait se couvrir que par des actes d'exécution constatés par des écrits émanés des parties, comme par la remise d'un mémoire à l'appui des prétentions soumises aux arbitres. La simple déclaration des arbitres ne serait pas suffisante pour attester une exécution dont la preuve écrite n'émanerait pas des parties elles-mêmes, car les pouvoirs de l'arbitre sont subordonnés à la validité du compromis, et par conséquent ne peuvent légalement s'exercer pour constater l'existence de la convention dans laquelle ils puisent leur origine. Cependant on trouve des arrêts qui décident que la simple comparution des parties constatée par les arbitres est une exécution suffisante qui couvre les vices du compromis (1). L'article 7

(1) V. Dictionnaire de Bioche, v° arbitrage, n° 122. Dans l'ancienne jurisprudence, plusieurs auteurs et quelques parlements décidaient que le pouvoir des arbi-

du code de procédure fournit un argument décisif pour rejeter cette opinion. Lorsque les parties se présentent volontairement devant un juge de paix, la déclaration qu'elles demandent jugement doit être *signée par elles*, ou mention doit être faite qu'elles ne peuvent signer. La déclaration doit donc émaner des parties, et non du juge de paix, revêtu cependant d'un caractère public, procédant avec l'assistance de son greffier; les arbitres auraient-ils donc un privilége plus étendu? — Enfin le compromis non fait double, considéré comme simple commencement de preuve par écrit, ne pourrait, suivant les principes que j'ai déjà posés, être invoqué pour légitimer l'emploi de la preuve testimoniale ou le recours aux présomptions graves, précises et concordantes; la preuve littérale est la seule qui doive être prise en considération. — Si le compromis non fait double a été déposé par les contractants chez un notaire, l'existence de l'acte placé au nombre des minutes d'un officier public n'est plus abandonnée à la discrétion d'une seule des

Art. 1005.

tres était suffisamment prouvé par la remise des titres, ou même par la comparution constatée par la sentence arbitrale. D'autres exigeaient un compromis écrit. V. Prost de Royer, v° arbitres.

Art. 1005. parties, et par conséquent il ne peut être attaqué sous ce rapport.

L'ancienne jurisprudence reconnaissait la validité du compromis sous signatures privées. Mais lorsque les parties voulaient recourir aux formes de l'acte authentique, elles étaient obligées de s'adresser à des officiers qui, sous le nom de *greffiers des arbitrages*, étaient institués près les justices royales et les justices des duchés-pairies pour dresser les compromis, à l'exclusion des notaires. Cette institution, qui s'explique, comme tant d'autres, par l'épuisement des finances de l'Etat et par la nécessité de se procurer des ressources en créant des offices vénaux, n'avait pas d'ailleurs une origine fort ancienne. Les greffiers des arbitrages furent établis par un édit de mars 1673; outre le droit de rédiger les compromis, ils avaient encore d'autres priviléges sur lesquels je reviendrai plus tard. Dans les justices près desquelles ces officiers n'étaient pas établis, c'étaient les notaires qui recevaient les compromis, et le greffier de la justice ordinaire remplissait les autres fonctions indiquées par l'édit de leur création. Dans la plupart des villes, les notaires avaient, moyennant finance,

réuni à leur office celui de greffier des arbitrages. Art. 1005.

Ces fonctions n'existent plus aujourd'hui, et les parties qui veulent compromettre par acte public doivent s'adresser à des notaires. — Le compromis par acte devant notaire ne peut être rédigé qu'en minute. Il ne rentre pas dans les actes simples *qui ne contiennent aucune obligation respective,* et qui, aux termes de l'article 20 de la loi du 25 ventôse an XI et de la déclaration du 7 décembre 1723, peuvent être délivrés en brevet. — Le compromis a le caractère d'un acte authentique, sans intervention de notaires, s'il est constaté par le juge de paix en bureau de conciliation. Ainsi la convention aura foi probante alors même que les parties n'auraient pu signer. Il est vrai que le procès-verbal du juge de paix n'a que la *force* d'une obligation privée; mais on a vu quelle était la portée de cette règle, simple concession aux exigences du monopole notarial (1).—Je crois aussi que rien ne s'oppose à ce que les parties établissent un compromis par des actes extrajudiciaires du ministère d'un huissier, contenant d'une part la proposition de soumettre une contestation déterminée à des

(1) V. tome 2, p. 45.

Art. 1005. arbitres désignés, et de l'autre part acceptation des offres contenues dans l'exploit signifié (1). — Mais je ne crois pas qu'il appartienne aux juges d'un tribunal de donner acte aux parties de leur consentement à se faire juger par des arbitres qu'elles désignent. Les parties peuvent se désister de l'instance qu'elles ont introduite devant les juges ordinaires, et, par le désistement offert et accepté dans les formes voulues par la loi, convenir de soumettre leur contestation à des arbitres. C'est un compromis sous seing privé. Les juges doivent se borner à donner acte du désistement, si les parties le demandent, mais ils n'ont pas le droit de constater la convention des parties relativement à l'arbitrage. Leur mission cesse dès qu'il n'y a plus de litige, et la loi ne leur a pas donné le pouvoir de monumenter des conventions (2). Il en est autrement en matière d'arbitrage forcé, parce que les juges sont investis du droit de désigner les arbitres lorsque les parties ne les ont pas elles-mêmes désignés. C'est donc un acte de leur juridiction qu'ils exercent en constatant le consentement donné par l'une des

(1) Argument de l'article 55 du code de commerce.

(2) V. en sens contraire un arrêt de Bourges du 24 mai 1837; Dalloz, 37, 2, 166.

parties à la nomination des arbitres proposés Art.
par l'autre. Je reconnaîtrais également au juge 1005.
de paix, saisi d'une contestation, le droit de constater le compromis qui termine le procès devant lui, parce que le juge de paix conserve toujours le rôle de conciliateur, et qu'en cette qualité il lui appartient de donner acte aux parties des conventions relatives au procès dont il est saisi (1).

L'article 1005 permet encore de compromettre par procès-verbal devant les arbitres. Ce procès-verbal ne peut avoir le caractère de l'authenticité; il est donc soumis à la nécessité de la signature des parties, et la mention faite par les arbitres que les parties n'ont pu signer ne suppléerait pas à l'absence des signatures; les pouvoirs de l'arbitre, comme je l'ai déjà dit, ne peuvent résulter de sa propre déclaration; il faut une participation directe des parties intéressées dans la rédaction du compromis. Il semble donc que cette disposition fasse double emploi avec celle qui permet de rédiger le compromis par acte sous signature privée; on peut croire cepen-

(1) C'est ce qu'explique fort bien un arrêt de Bordeaux du 5 février 1830; Dalloz, 30, 2, 162.

Art. 1005. dant que les deux dispositions ne se confondent pas entièrement. Si l'on remarque en effet que le procès-verbal des arbitres doit rester entre leurs mains, on arrive à cette conséquence que la nécessité de rédiger le compromis en double original n'est pas imposée dans ce cas; de sorte que, sous ce rapport, la rédaction par procès-verbal se séparerait, en un point essentiel, des règles ordinaires de l'acte sous seing privé.

1006. Sous quelque forme que le compromis soit rédigé, il doit désigner les objets en litige et les noms des arbitres, à peine de nullité.

La compétence des arbitres volontaires est déterminée par la convention des parties. Le compromis n'aurait donc aucune valeur, s'il n'énonçait l'objet de la contestation, en même temps que le nom des arbitres. Dans une convention de cette nature, tous les éléments se rattachent l'un à l'autre; la nomination des arbitres et la désignation de l'objet en litige ne peuvent être séparées, parce que c'est la confiance dans la personne désignée qui détermine la volonté de compromettre, et que le choix de l'arbitre dépend de la nature de l'objet en litige. Aussi le compromis suppose-t-il néces-

sairement une contestation déjà née; c'est ce que disait la loi romaine : « *De his rebus et rationibus et controversiis judicare arbiter potest, quæ ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quæ posteà supervenerunt* (1). » Art. 1006.

On trouve cependant une exception remarquable à cette règle, en matière d'assurances maritimes. Le contrat qui intervient entre l'assureur et l'assuré peut contenir la soumission des parties à des arbitres, *en cas de contestation* (2), ce qui ne peut s'entendre que d'une contestation à naître. Dans ce cas il n'y a pas compromis proprement dit, mais seulement obligation de compromettre. C'est ce que, dans la doctrine, on appelle la *clause compromissoire*. En matière d'assurance maritime, c'est un usage universel que le législateur a sanctionné, comme il l'avait fait déjà pour les contestations entre associés (3); seulement la

(1) L. 46, ff. *de receptis.*— Il faut remarquer que cette loi s'applique à l'hypothèse où les parties ont compromis sur toutes leurs contestations, ce qui ne doit s'étendre, suivant la loi, qu'aux contestations existantes au moment du compromis.

(2) Code de commerce, art. 332.

(3) V. Valin, sur l'ordonnance de 1681, livre 3, tit. 6, art. 3 et 70.

Art. soumission à l'arbitrage en matière d'assu-
1006. rance est un acte volontaire qui résulte d'une convention expresse ; dans l'autre cas, elle est imposée par la loi sans que les parties l'aient stipulée, et quoique leur volonté soit contraire.

Mais faut-il en conclure que l'exception domine la règle, et que le code de commerce ayant permis pour un cas spécial de se soumettre à la justice arbitrale dans la prévision d'une contestation future et sans désignation du nom des arbitres, l'article 1006 du code de procédure doit rester sans application ?

Quelle serait en effet la portée de ce texte qui prononce expressément la peine de nullité pour l'omission des énonciations qu'il exige? En vain la nullité serait opposée : l'acte vaudrait, dans tous les cas, comme clause compromissoire, sauf à réaliser le contrat par une désignation ultérieure. Ce que la loi déclare nul, c'est évidemment la clause compromissoire elle-même, car le législateur ne pouvait supposer que des parties, en rédigeant un acte où ne se trouvent indiqués ni l'objet du litige ni les noms des arbitres, entendissent faire autre chose qu'une simple promesse de se soumettre plus tard à la justice arbitrale : il serait absurde d'admettre qu'en agissant ainsi elles voulaient

faire un acte qui n'eût pas besoin de complé- Art.
ment, en vertu duquel des arbitres qu'elles ne 1006.
désignent pas pussent statuer sur un litige dont l'objet n'est pas déterminé.

Il y avait de graves motifs pour proscrire, en thèse générale, la clause compromissoire. Le consentement des parties ne doit pas seulement porter sur la renonciation à la juridiction ordinaire, il faut que les volontés concourent dans la désignation des arbitres; et tant que l'accord n'est pas établi sur ce point, il n'y a qu'une promesse sans valeur, parce qu'il n'y a pas de consentement sur l'un des objets du contrat, c'est-à-dire sur la personne des arbitres. Or, supposez que l'arbitre désigné par l'une des parties ne convienne pas à l'autre, faudra-t-il qu'elle subisse le choix de son adversaire, sauf à lui imposer le sien? ou bien, en cas de refus de désigner l'arbitre de son choix, faudra-t-il recourir aux juges ordinaires pour vaincre l'inerte morosité de la partie? Tout cela est prévu pour l'arbitrage forcé; ces hypothèses ne pouvaient être réglées pour l'arbitrage volontaire, parce qu'il suppose des préliminaires pacifiques, une confiance libre et spontanée, pour point de départ un contrat et non pas une lutte judiciaire.

Art. 1006. Une décrétale de Grégoire IX déclare nul le compromis qui laisse la personne de l'arbitre incertaine : *Mandamus ut compromissum de incertâ personâ in arbitrum adsumendâ non teneat* (1). Cette règle était posée à propos d'un compromis dans lequel deux arbitres désignés étaient autorisés, en cas de partage, à choisir eux-mêmes un tiers arbitre (2). Notre code n'a pas poussé si loin la rigueur du principe, il permet expressément de donner aux arbitres cette autorisation (3); en effet le compromis était valable *ab initio;* le tribunal des arbitres a été constitué, il ne s'agit que d'une adjonction rendue nécessaire par un événement indépendant du fait des parties, et sans laquelle on aurait inutilement procédé jusque-là. Mais, qu'on le remarque, la prévoyance du législateur s'étend à cette hypothèse accidentelle; il prévoit même

(1) *X. Decret. Gregor.*, lib. 1, tit. 43, cap. 12. Voyez cependant au même titre, cap. 13.

(2) La loi romaine avait dit : *Si in duos fuerit sic compromissum ut, si dissentirent, tertium adsumant, puto tale compromissum non valere.* L. 17, § 5, ff. *de receptis.* Toutefois la nullité était fondée non sur l'incertitude de la personne du tiers arbitre, mais sur ce qu'il était incertain si les arbitres s'entendraient pour cette nomination, et si le compromis produirait effet.

(3) V. mes explications sur l'article 1017.

le décès, le refus, le déport, ou l'empêchement Art.
d'un des arbitres; il indique les règles à suivre 1006.
pour compléter le tribunal des arbitres lorsque les parties y ont consenti; et l'on voudrait qu'il eût négligé d'indiquer les moyens de pourvoir à leur nomination, dans le cas où l'une des parties refuserait de faire connaître son choix! Evidemment ce n'est pas une omission de sa part; l'article 1006 rendait complétement inutile une semblable prévision.

Les principes que j'exposerai sur la récusation des arbitres démontreront encore d'une manière éclatante que, dans l'arbitrage volontaire, le choix des arbitres ne peut être que le résultat d'un accord entre les parties. On ne peut les récuser, dit l'article 1014, que pour cause survenue depuis le compromis. Pourrait-on justifier cette règle, si, la clause dont je parle étant obligatoire, l'une des parties pouvait imposer à l'autre l'arbitre qu'elle choisit, ou si l'intervention de la justice prenait la place du choix libre et spontané de la partie?

Toutes les raisons que je viens d'exposer pour démontrer la nullité de la clause compromissoire s'appliquent même au cas où les parties désigneraient un tiers chargé de choisir les arbitres. Ce ne serait pas satisfaire aux exi-

Art. 1006. gences de la loi, qui veut que les arbitres soient désignés par le compromis (1).

L'objet du compromis serait-il suffisamment désigné, si les parties se bornaient à dire que les arbitres statueront *sur les contestations existant entre les parties?* Cette stipulation s'appelait dans le droit romain *compromissum plenum*, par opposition au compromis qui n'intervenait que sur une contestation déterminée *de certâ re* et que l'on appelait *non plenum* (2). Les termes de l'art. 1006 s'opposent évidemment à la validité d'une semblable convention. Le compromis peut sans doute porter sur plusieurs contestations distinctes, mais il doit désigner *les objets* en

(1) La jurisprudence, après avoir longtemps hésité sur la question de validité de la clause compromissoire, est unanime aujourd'hui pour reconnaître la nullité de cette clause, à moins qu'il ne s'agisse d'assurances maritimes. V. le Dictionn. de Bioche, v° arbitrage, n° 148. V. aussi un article de M. Championnière, Revue de législation, tome 17, p. 241.

(2) On appelait aussi quelquefois *compromissum plenum* le compromis obligatoire, *non plenum* le compromis inefficace. Ces dénominations indiquaient encore le compromis auquel la clause de dol était expressément ajoutée, et celui dans lequel on ne l'avait pas exprimée.

litige. Quelques-unes des règles de la procédure arbitrale sont précisément basées sur la nécessité de cette désignation. On voit en effet, dans l'article 1028, que la nullité de la sentence doit être prononcée, si les arbitres ont jugé *hors des termes du compromis*. Il faut donc trouver, dans le compromis, les limites qu'il n'est pas permis de franchir. Il est vrai que si toutes les parties avaient déterminé, par des conclusions remises entre les mains des arbitres, l'objet sur lequel doit porter leur sentence, les vagues énonciations du compromis se compléteraient par la teneur précise des conclusions, et la cause de nullité se trouverait effacée; mais dans ses termes isolés le compromis ne serait pas obligatoire, et la sentence prononcée sans que l'une et l'autre des parties eussent, par des actes émanés d'elles, tracé la mission des arbitres, serait entachée de nullité. — Du reste l'indication serait suffisante, si le compromis exprimait que les arbitres statueront sur les difficultés actuelles relatives à l'exécution de tel acte, ou sur les difficultés que présente la liquidation de telle succession, sans qu'il soit nécessaire de dire en quoi ces difficultés consistent.

Art. 1006.

J'admettrais volontiers des équipollents pour

ART. 1006. remplacer *les noms* des arbitres, s'ils déterminaient d'une manière certaine l'individualité de la personne, par exemple si les parties désignaient pour arbitre *le maire de telle commune*. Seulement une difficulté grave pourra s'élever sur l'interprétation de la volonté des parties, si la personne désignée uniquement par sa qualité a perdu cette qualité depuis le compromis, avant d'avoir accepté les fonctions d'arbitre. Devra-t-elle les exercer, ou bien la mission d'arbitre passera-t-elle à la personne qui succède à la qualité sous laquelle l'arbitre avait été désigné? Les auteurs distinguent, suivant que la qualité n'existe que temporairement, ou qu'elle est irrévocable (1); suivant que la qualité suppose une plus grande réunion de lumières et plus de capacité pour le rôle d'arbitre, ou qu'il s'agit d'une qualité qui dérive du cours ordinaire des choses (2). Sans admettre

(1) Si la qualité était temporaire ou révocable, ce serait, suivant cette distinction, à la personne qui en est actuellement revêtue qu'appartiendraient les fonctions d'arbitre. V. Encyclopédie de MM. Sebire et Carteret, v° arbitrage, n° 45.

(2) Suivant la distinction, si la qualité indique une plus grande réunion de lumières, par exemple la qualité de bâtonnier des avocats, ce sera le bâtonnier exerçant

ou rejeter ces distinctions, je dirai que le juge Art. 1006.
ne devra se décider à consacrer, par une interprétation, l'intention présumée des parties, que lorsque cette intention ne lui paraîtra pas douteuse. Dans le doute, il doit annuler le compromis, parce que les arbitres n'y sont pas désignés d'une manière suffisante. — On comprend que là encore les actes faits par les parties devant les arbitres seraient la meilleure démonstration du sens qu'il convient d'attacher à leur désignation. Ce serait un complément des termes insuffisants du compromis.

En matière d'arbitrage volontaire, la loi ne fixe pas le nombre des arbitres. Sur ce point les parties ont une entière liberté; elles peuvent nommer les arbitres en nombre pair ou impair. A Rome, c'était une question de savoir si les arbitres nommés en nombre pair pouvaient être forcés de juger : *quià res sine exitu futura est propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem* (1). Mais l'usage avait

actuellement qui sera arbitre; s'il s'agit d'un arbitre désigné sous l'indication de doyen d'âge de telle corporation, c'est le doyen d'âge au moment du compromis qui seul aura été investi des fonctions d'arbitre. V. Encyclopédie, v° arbitrage, n°s 44 et 45.

(1) L. 17, § 6, ff. *de receptis*.

Art. 1006. consacré la validité d'une telle nomination. J'expliquerai plus tard comment on obviait aux inconvénients que ce texte signale.

A ces énonciations, exigées à peine de nullité, viennent quelquefois se joindre des clauses accessoires que les parties peuvent à leur gré stipuler ou omettre. Ces clauses ont pour objet : — la fixation d'un délai dans lequel doit être prononcée la sentence ; — la dispense d'observer les règles de la procédure ordinaire ; — l'autorisation donnée aux arbitres de commettre l'un d'eux pour faire, sans le concours des autres, les actes de l'instruction et les procès-verbaux ; — la convention qu'en cas de refus ou empêchement de l'un des arbitres il sera passé outre, ou que l'arbitre sera remplacé ; — l'autorisation donnée aux arbitres de désigner un tiers arbitre en cas de partage ; — le pouvoir donné aux arbitres de prononcer comme *amiables compositeurs ;* — la renonciation à certaines voies de recours.

On comprend que toutes ces clauses sont une dérogation aux règles du droit commun en matière d'arbitrage. Elles se rattachent par conséquent à l'examen des principes dont elles sont une modification.

Telles sont les règles du compromis en matière d'arbitrage volontaire. Mais on comprend que d'autres principes doivent régir l'arbitrage forcé. ART. 1006.

Une différence fondamentale entre les deux espèces d'arbitrages, c'est que dans l'un la soumission à l'arbitrage est l'œuvre de la volonté des parties, dans l'autre elle est le résultat de la volonté de la loi. Les règles à indiquer dans cette dernière hypothèse se rapportent donc exclusivement à l'organisation du tribunal arbitral; car la juridiction, envisagée d'une manière abstraite, est indépendante de toute convention, de même que son principe ne reçoit aucune atteinte des irrégularités ou des vices qui pourraient se rencontrer dans l'organisation du tribunal.

De là résulte qu'il ne faut plus considérer l'accord des parties sur le choix des arbitres comme une condition essentielle à la formation du tribunal arbitral, parce que l'on ne peut plus dire que c'est en considération des personnes qui le composent que les parties se soumettent à l'arbitrage.

Relativement à la désignation des arbitres forcés, diverses hypothèses peuvent se pré-

Art. 1006. senter : — ou les parties s'accorderont sur le choix ; — ou bien chacune d'elles indiquera privativement l'arbitre de son choix ; — ou bien l'une des parties a nommé son arbitre, l'autre refuse de désigner le sien, c'est le tribunal de commerce qui l'indique d'office en substituant son autorité à la volonté de la partie qui refuse de faire connaître son choix (1) ; — enfin, à défaut par l'une et l'autre des parties de faire la désignation, c'est le tribunal de commerce qui pourvoit d'office à la nomination des arbitres (2).

Dans les deux premiers cas, les parties constatent le choix des arbitres par un compromis soumis aux mêmes conditions de forme que lorsqu'il s'agit d'un arbitrage volontaire ; l'acte sous signature privée sera fait double, car la tolérance des lois commerciales ne saurait couvrir l'irrégularité d'un acte qui ne peut être rangé parmi les actes de commerce ; — c'est principalement dans la seconde hypo-

(1) L'ordonnance de 1673, tit. 4, art. 9, disait expressément qu'il serait nommé des arbitres d'office, *seulement pour les parties qui y feront refus.* — Une jurisprudence constante applique encore aujourd'hui cette règle. V. Dictionn. de Bioche, v° arbitre, n° 712.

(2) Code de commerce, art. 53 et 55.

thèse, c'est-à-dire lorsque chacune des parties désignera l'arbitre de son choix, que l'on emploiera le mode de la nomination par acte extrajudiciaire; — dans les deux derniers cas, la partie intéressée à faire vider la contestation sociale assignera l'autre partie devant le tribunal de commerce pour faire compléter ou composer en totalité le tribunal arbitral; — les parties en présence devant les juges de commerce peuvent s'entendre sur le choix des arbitres; les juges leur donnent alors acte de ce consentement tardif; car les juges, étant investis du droit de faire la désignation d'office, lorsque les parties ne sont pas d'accord, ne font qu'exercer leurs attributions légales en constatant le consentement des parties (1).

ART. 1006.

Lorsque les parties désignent elles-mêmes les arbitres, rien ne s'oppose à ce qu'elles en fixent le nombre, suivant leur volonté, et sans autre règle que celle de leurs intérêts respectifs. Mais lorsque le tribunal de commerce les désigne, à défaut du consentement des parties, les intérêts auxquels il s'agit de pourvoir ne doivent pas être abandonnés à l'arbitraire du juge, et des règles précises prendront

(1) V. *suprà*, p. 516.

Art. alors la place des caprices de la volonté. — La
1006. loi commerciale suppose la nomination de plusieurs arbitres ; les juges ne pourront pas en désigner un seul ; — elle suppose que l'un des associés a fait connaître son choix, que l'autre a refusé d'indiquer le sien ; chaque intérêt distinct a donc le droit de concourir à la constitution du tribunal des arbitres ; et les juges devront nommer autant d'arbitres qu'il y a d'intérêts opposés. Ce n'est pas que chaque arbitre doive se considérer comme le défenseur exclusif d'une partie et comme l'adversaire des autres ; c'est pour que des éléments divers viennent en quelque sorte se fondre dans la composition du tribunal arbitral.

Il résulte de là qu'un seul et même intérêt, appartenant à plusieurs personnes (1), ne donne le droit de nommer qu'un seul arbitre, et que, si les coïntéressés ne s'entendent pas pour cette désignation, l'arbitre commun doit être nommé d'office (2) ; — il en résulte encore que, si parmi les parties deux avaient des in-

(1) Par exemple, dans le cas de décès d'un associé laissant plusieurs héritiers.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 10 avril 1816; Jurisp. génér., tome 1, p. 669; Paris, 11 avril 1835; Dalloz, 35, 2, 147.

térêts opposés sur certains points et communs Art.
sur d'autres, chacune d'elles devrait avoir un 1006.
arbitre; mais lorsqu'il s'agira de statuer, entre les autres associés et ces deux parties, sur des points où l'intérêt de celles-ci serait identique, les voix de leurs deux arbitres ne compteront que pour une, en supposant qu'elles leur fussent l'une et l'autre favorables. Telle est, dit M. de Vatimesnil, la jurisprudence constante de la cour royale de Paris (1).

Si les juges chargés de désigner les arbitres ne s'étaient pas conformés à ces règles, l'organisation du tribunal arbitral serait irrégulière; si, par exemple, trois arbitres avaient été nommés, et que la contestation n'existât qu'entre deux parties, chacune d'elles pourrait, à raison du vice de la composition du tribunal arbitral, demander la nullité de la sentence : à moins cependant que les parties n'eussent procédé volontairement devant les arbitres, sans élever aucune réclamation. Leur volonté ratifie ce qu'elle aurait eu le pouvoir de faire.

Mais je croirais que, lorsqu'un incapable figure dans la contestation, son représentant légal n'aurait pas le droit de renoncer aux

(1) Encyclopédie de MM. Sebire et Carteret, v° arbitrage, n° 172.

Art. garanties que présente l'organisation régulière
1006. du tribunal; que dès lors il ne pourrait donner un consentement valable pour modifier le nombre légal des arbitres, ni acquiescer à la nomination faite par le tribunal en dehors des règles que je viens d'exposer.

Bien que l'arbitrage soit essentiellement volontaire en matière d'assurances maritimes, on est forcé de recourir aux règles sur la nomination des arbitres forcés, telles qu'elles viennent d'être exposées, lorsqu'en se soumettant à l'arbitrage, l'assureur et l'assuré omettent de désigner les arbitres. Observez cependant que les arbitres devraient être nommés, à moins de stipulation contraire, par le tribunal civil, et non par le tribunal de commerce. La soumission à des arbitres ne peut être considérée comme un acte commercial; et d'ailleurs, ainsi qu'on le verra plus tard, ce serait au président du tribunal civil que devrait être demandée l'ordonnance d'*exequatur* qui complète la sentence arbitrale, ce qui prouve que c'est à ce tribunal qu'appartient la connaissance de tous les incidents qui se rattachent à l'exécution du compromis (1).

Le tribunal des arbitres volontaires ou forcés

(1) V., en sens contraire, Bruxelles, 16 avril 1851.

est maintenant constitué; le pouvoir qui leur est conféré doit naturellement s'évanouir aussitôt que la sentence définitive est prononcée : *Si condemnavit, vel absolvit;* DUM ARBITER ESSE DESIERIT, *mutare sententiam non potest* (1). ART. 1007.

Mais des causes accidentelles viennent parfois mettre un terme à la mission des arbitres avant qu'elle ne soit accomplie. Je passerai successivement en revue les diverses hypothèses qui peuvent amener ce résultat. Ce sont : — 1° l'expiration des délais; — 2° la révocation; — 3° le refus; — 4° le déport; — 5° l'empêchement; — 6° la récusation; — 7° le décès d'un arbitre; — 8° le décès d'une partie laissant un héritier incapable, ou son changement d'état; — 9° le partage.

1° La sentence des arbitres doit être prononcée dans un certain délai que détermine la loi à défaut des parties. Ce délai expiré sans qu'ils aient définitivement statué, leurs pouvoirs ne peuvent plus s'exercer, à moins qu'ils ne reprennent une force nouvelle à la source même où ils ont puisé l'existence.

La législation et la jurisprudence présentent des variations nombreuses relativement à la

(1) L. 19, § 2, ff. *de receptis.*

ART. 1007. durée du pouvoir des arbitres. Dans le droit romain, la loi ne fixait pas de délai, la convention seule le déterminait. Cette fixation n'était pas cependant une condition essentielle de la validité du compromis; l'arbitre devait alors fixer lui-même le délai, d'accord avec les parties; s'il avait omis de le faire, on pouvait le forcer en tout temps à prononcer la sentence (1). Seulement, si les parties ne se présentaient devant lui qu'après un long intervalle de temps écoulé depuis qu'il avait accepté l'*arbitrium*, le magistrat ne le forçait pas à remplir sa mission (2); mais si un délai était fixé, et que la sentence eût été prononcée depuis qu'il était expiré, les parties n'auraient pas encouru la peine du compromis en refusant d'obéir à la sentence (3).

Au temps de Pierre de Fontaines et de Beaumanoir, le compromis qui n'indiquait pas de délai n'en était pas moins obligatoire (4). Tandis qu'à l'époque où Bouteiller écrivait, le compromis n'était valable qu'autant qu'il y

(1) L. 14, ff. *de receptis*.

(2) L. 17, § 1, *de receptis*.

(3) L. 1, Cod. *de receptis*.

(4) Conseil, chap. 19, n° 19; coutumes du Beauvoisis, chap. 41, n° 6.

avait jour indiqué : « Encore faut-il qu'il y ait jour préfix et dénommé dedans lequel les parties deveront avoir leur dict et sentence déterminée, et outre lequel jour ne durera l'arbitrage; ains faudra iceluy jour.... Et si l'un de ces trois cas défailloit en compromis (foi, peine, et jour), il seroit moins que suffisant (1). » Cependant, d'après les errements de l'ancienne jurisprudence, cette nullité était couverte lorsque l'une des parties, avant la sentence, n'avait pas manifesté l'intention de s'en prévaloir. C'est ce qu'exprime en ces termes l'annotateur de Beaumanoir : « Le compromis est nul s'il n'y a jour préfix pour juger, parce que les arbitrages ne peuvent pas être perpétuels, mais s'ils ont jugé *avant la révocation*, la sentence vaut (2). »

Art. 1007.

C'est à ce système que s'arrêta l'Assemblée constituante : « Les compromis qui ne fixeront aucun délai dans lequel les arbitres devront

(1) Somme rural, liv. 2, tit. 3.

(2) De la Thaumassière sur Beaumanoir, p. 417; V. aussi Mornac, sur la loi 25, ff. *de receptis*. — Quelques auteurs admettaient une péremption de trois ans qui mettait fin à l'arbitrage, ce qui supposait que le délai n'en était pas déterminé. V. Pothier, Procédure civile, partie 1, chap. 4, § 2, et Prost de Royer, v° arbitres, n° 58.

Art. 1007. prononcer, et ceux dont le délai sera expiré, seront néanmoins valables, et auront leur exécution, jusqu'à ce qu'une des parties ait fait signifier aux arbitres qu'elle ne veut plus tenir à l'arbitrage (1). » Il y avait là le double inconvénient de laisser à la mauvaise foi d'une partie la facilité de choisir son temps pour se soustraire, au moyen de la révocation, à l'imminence d'une condamnation prévue, et d'éterniser la procédure arbitrale ; si bien que, sous l'ancienne jurisprudence, la longueur des arbitrages n'était pas moins redoutée que les abus des juridictions ordinaires : « Il en coûte tant, disait Bretonnier, pour avoir justice; les frais sont si gros, les fatigues si grandes, les mortifications si fréquentes, l'événement si douteux, qu'il n'y a personne qui ne voulût s'en rapporter à des arbitres, *si les arbitrages n'étaient pas si longs et souvent sans aucun fruit ni succès* (2). »

Le législateur moderne a compris qu'à des juges improvisés que ne soutient pas dans l'accomplissement de pénibles devoirs un dévoûment professionnel aux intérêts publics, il fal-

(1) Loi du 24 août 1790, tit. 1, art. 3.

(2) Sur Henrys, liv. 2, quest. 47, observations.

lait une mise en demeure et l'aiguillon d'un délai fatal. L'art. 1007, en déclarant valable le compromis qui ne fixe pas de délai, veut que dans ce cas la mission des arbitres ne dure que trois mois, à compter du jour du compromis (1). Les parties sont libres, d'ailleurs, de fixer un délai plus long, ou de restreindre celui que la loi détermine. Elles peuvent par conséquent donner au délai qu'elles fixent un autre point de départ que la date du compromis. Art. 1007.

Devrait-on considérer comme fixation d'un délai la clause par laquelle les parties, en dispensant les arbitres de l'obligation de prononcer dans le délai légal, auraient déclaré que le compromis vaudrait *jusqu'à parfaite solution?* La question s'est présentée dans ces termes devant la cour de Toulouse, laquelle a décidé que le pouvoir des arbitres, nonobstant cette clause, devait prendre fin à l'expiration de trois mois (2). Cette décision est juste; l'opinion contraire émise par M. de Vatimesnil a d'abord l'inconvénient d'être en désaccord avec le texte, car fixer un délai ce n'est pas le laisser incertain. De plus, il faudrait admettre

(1) De là il faut conclure que le compromis doit être daté.

(2) Arrêt du 13 décembre 1833; Dalloz, 34, 2, 12.

Art. 1007. de bien graves conséquences au préjudice des parties qui se seraient imprudemment liées; car, pendant le temps indéfiniment prolongé de la mission des arbitres, elles ne pourraient exercer leurs droits, ce qui équivaudrait à une véritable aliénation; du moins l'ancienne jurisprudence donnait à la partie la ressource de la révocation. Il est vrai que M. Dalloz permettrait dans ce cas à la partie intéressée de s'adresser aux tribuuaux pour faire fixer des délais en rapport avec les exigences des opérations arbitrales (1); mais un semblable tempérament est la condamnation du système : s'il faut faire fixer le délai par le juge, il n'est donc pas fixé par le compromis; or la loi veut que dans ce cas le délai n'excède pas trois mois.

Les parties ont d'ailleurs le droit de proroger d'un commun accord le délai fixé par la loi ou celui qu'elles avaient fixé d'abord elles-mêmes. Cette prorogation doit être expresse et résulter d'un acte rédigé dans la même forme que le compromis; il ne suffirait pas que les arbitres eussent eux-mêmes constaté sur leur procès-verbal le consentement attribué aux parties.

(1) V. ses observations sur l'arrêt cité dans la note précédente.

La clause de prorogation était dans le droit romain, fort usuelle, et présentait un caractère tout particulier. Elle faisait partie du compromis; elle ne produisait pas l'effet direct de reculer le terme fixé pour la sentence, mais de laisser à l'arbitre le droit de le proroger à son gré. Les formes rigoureuses de la stipulation, exigées pour le compromis, ne permettaient pas de proroger, par un pacte ultérieur, le délai stipulé. Les parties pouvaient sans doute, après l'expiration du délai, faire un compromis nouveau dans les formes de la stipulation, mais l'arbitre ne pouvait plus être forcé d'accepter cette mission nouvelle et de rendre la sentence, à moins qu'on ne pût lui imputer à faute d'avoir laissé passer le délai du premier compromis, sans juger la contestation (1). ART. 1007.

Dans notre droit actuel, une semblable clause de prorogation, laissée à la discrétion des arbitres, devrait être sans effet si elle était insérée dans le compromis lui-même. A défaut de l'indication d'un délai spécial pour la prorogation, il faut s'en tenir au délai du compromis tel qu'il est déterminé par la convention ou par la loi. Cependant, si les parties

(1) Loi 21, § 5; l. 32, § 11; l. 33, ff. *de receptis.*

Art. 1007. avaient fixé un délai moindre que trois mois, en ajoutant que les arbitres auront le pouvoir de le proroger au delà du terme fixé, sans indiquer le délai spécial de la prorogation, il faudrait entendre cette clause en ce sens que les arbitres pourraient utiliser le délai légal de trois mois à compter du jour du compromis. C'est comme si les parties avaient dit : les arbitres jugeront dans tel délai, ou, s'ils le préfèrent, dans le délai légal.

Si les parties avaient, par une convention postérieure au compromis, conféré aux arbitres le pouvoir de proroger, sans déterminer l'étendue du délai, elles seraient présumées s'être référées à la loi, et la prorogation serait de trois mois, à compter du jour de la convention nouvelle qui conférerait ce pouvoir aux arbitres.

Mais on conçoit que les parties ne peuvent astreindre les arbitres à proroger le premier délai, alors même que le compromis ou une convention ultérieure donnerait à ceux-ci la faculté de prorogation; de même que les arbitres ne seraient pas obligés, par l'effet d'une prorogation faite par les parties elles-mêmes, de conserver leur mission au delà de terme fixé par le compromis. Il en serait autre-

ment, comme le disait la loi romaine, si le retard de juger, dans le premier délai, était imputable non pas aux parties, mais aux arbitres eux-mêmes. ART 1007.

Quelques auteurs admettent une prorogation tacite qui résulterait de diverses circonstances, telles que la comparution des parties devant les arbitres, depuis l'expiration des délais du compromis. Je ne saurais me rendre à cette opinion, même dans l'hypothèse où la comparution des parties résulterait d'actes signés par elles (1). Il ne faut pas donner aux faits une interprétation qui serait peut-être contraire à l'intention des parties. Je reconnaîtrai que si l'une et l'autre des parties se présentent devant les arbitres depuis l'expiration des délais du compromis, et sollicitent une décision, la sentence rendue en leur présence, et sans désemparer, ne pourra pas être attaquée sous prétexte de l'expiration des pouvoirs. En demandant une décision, les parties effacent le temps intermédiaire et la déchéance qu'il a produite. Mais rien ne prouve qu'elles aient entendu faire un contrat nouveau, et que leur pensée fût dirigée vers le temps à venir. Leur compa-

(1) V. dans ce sens arrêts de Bourges du 19 février 1825, de la cour de cassation, 2 mai 1827.

ART. 1007. ration légalement constatée, est une confirmation du pouvoir des arbitres, ce n'est pas une prorogation. — Si les arbitres mis en demeure de prononcer après l'expiration des délais renvoyaient leur sentence à une époque ultérieure, le renvoi prononcé en présence et du consentement des parties serait une prorogation. Mais elle ne résulterait plus de la simple comparution de celles-ci ; la prorogation serait alors expresse et non pas tacite. — Le système des présomptions énerve l'autorité de la loi. Si l'on induit du fait des parties une prorogation tacite, on arrivera bientôt, en suivant cette pente, à dire que la prorogation peut résulter de leur silence; on leur imposera la nécessité d'une protestation, et la jurisprudence ne nous fera grâce d'aucun des abus que le code a voulu proscrire.

La sentence prononcée après les délais du compromis ou de la prorogation est nulle, parce qu'elle a été rendue par des juges sans pouvoir (1). La nullité serait d'ailleurs couverte par un acquiescement exprès ou tacite.

(1) V. mes explications sur l'article 1028. Mais la partie qui, par suite d'incidents mal fondés, empêche les arbitres de prononcer dans les délais, ne pourrait se prévaloir de la nullité. Metz, 12 mai 1818.

On agite encore la question de savoir si les dispositions du code de procédure, relatives au délai du compromis, sont applicables à l'arbitrage forcé. Le code de commerce contient à cet égard des règles spéciales qu'il était nécessaire de poser, parce que l'intervention du tribunal de commerce, dans le cas où les parties ne sont pas d'accord, exigeait certaines prévisions en dehors des règles de l'arbitrage volontaire. Art. 1007.

Les hypothèses diverses qui peuvent se présenter relativement à la fixation du délai sont celles-ci :

Les parties conviennent d'un delai et le fixent par leur convention ; — les parties sont en présence du tribunal, et par leurs conclusions s'accordent sur le délai : le tribunal leur donne acte de ce consentement ; — si les parties s'en rapportent à la justice sur la fixation du délai, c'est le tribunal qui le fixe ; — si elles gardent le silence à cet égard, le tribunal doit le fixer encore; — si l'une demande un délai, et l'autre un délai différent, le tribunal décide.

Jusque-là nulle difficulté. Une dernière hypothèse présente au contraire une difficulté fort grave : les parties ont nommé leurs arbitres à l'amiable et n'ont pas fixé le délai ; ou bien le tribunal, en désignant les arbitres,

Art. 1007. n'a pas déterminé la durée de leurs pouvoirs : quel sera l'effet de cette omission ?

Suivant les uns, le pouvoir des arbitres se prolongerait indéfiniment, sauf aux parties à se pourvoir devant le tribunal pour faire régler le délai. Suivant les autres, l'article 1007 serait applicable à l'arbitrage forcé, de sorte que, dans le silence de la convention ou du jugement, leurs pouvoirs ne dureraient que trois mois, à compter du jour de la nomination.

C'est à cette dernière opinion que je me range. Il résulte des textes mêmes du code de commerce que le législateur a entendu proscrire, comme il l'avait fait pour l'arbitrage volontaire, l'abus des pouvoirs illimités (1). Il veut que le délai soit fixé par les parties ou par le juge. De sorte qu'en présence de cette intention manifeste, si l'on refusait d'appliquer le délai légal de l'article 1007, la conséquence à tirer de l'omission supposée, loin d'être une extension illimitée des pouvoirs, serait plutôt la nullité de la convention ou du jugement; et les arbitres ne pourraient légalement commencer leurs opérations qu'à partir du jour où l'omission aurait été réparée. Cette dernière

(1) Code de commerce, art. 54.

conséquence serait beaucoup plus logique. Cependant la loi n'a pas prononcé la nullité : c'est qu'apparemment le principe qui exige que le temps de la mission des arbitres soit dans tous les cas déterminé, peut recevoir satisfaction par l'application des règles générales posées déjà par le législateur. « Les règles indiquées dans le projet, disaient les sections réunies du tribunat, à propos de l'arbitrage forcé, seront-elles les seules que les parties auront à consulter et à suivre pour les arbitrages en matière de société? On ne pense pas que telles aient été les vues des auteurs; il est évident que ces règles seraient incomplètes et insuffisantes; ce qui est plus probable, c'est que les auteurs ont pensé que le supplément naturel à ces règles serait celles que le code de procédure a établies. » L'orateur du gouvernement ne fut pas moins explicite dans son exposé de motifs au Corps législatif : « Si dans les sociétés ainsi organisées, soumises à des règles précises qui offrent tous les moyens pour arriver au bien, toutes les garanties pour préserver du mal, il survient des contestations, la loi en enlève la connaissance aux tribunaux, elle ordonne le jugement par arbitres, et, indépendamment des dispositions sur les arbitrages portées au

Art. 1007.

ART. 1007. code de procédure, elle fixe un mode particulier qui assure la prompte expédition des affaires (1). »

On objecterait vainement que cette limite légale imposée à la mission des arbitres, et l'expiration de leurs pouvoirs, laissant toujours les parties sous l'empire de la juridiction arbitrale, ne présenteraient aucune utilité, puisque les parties doivent, dans tous les cas, revenir devant les arbitres; tandis que cette règle a son importance en matière d'arbitrage volontaire, parce que le retour au droit commun, c'est-à-dire à la juridiction ordinaire, est la conséquence de l'expiration du compromis. — L'objection ne serait qu'une critique de la loi; car elle conduirait à dire qu'en matière d'arbitrage forcé la fixation d'un délai par les parties ou par le juge est elle-même sans utilité; la loi l'exige cependant, parce que, si la juridiction arbitrale est immuable, le droit de l'exercer ne pourrait, sans de graves abus, se perpétuer dans les mêmes mains (2).

(1) V. Locré, Législat. civ., comm., etc., tome 17, p. 312 et 352.

(2) Sur cette question on peut voir une consultation de M. Pardessus, et une autre consultation de M. Locré; elles sont rapportées par Dalloz, Jurisp. gén., tome 1,

Si les parties ou les juges avaient omis de déterminer le délai de l'arbitrage forcé, elles pourraient sans doute le fixer elles-mêmes d'un commun accord, ou s'en rapporter au tribunal pour cette fixation ; mais ce délai pourrait-il, contre le gré de l'une des parties, être étendu à plus de trois mois, ou restreint à une durée moindre ? En d'autres termes, faut-il considérer comme un droit acquis à la partie le silence gardé relativement aux délais? Je ne le pense pas. Lorsqu'en désignant les arbitres, les parties ne sont pas d'accord sur le délai, il doit, aux termes de l'article 54 du code de commerce, être réglé par le juge. Il n'est donc pas nécessaire que la fixation du délai soit contemporaine de la nomination ; et l'on peut supposer que, si le délai n'est pas indiqué dans le compromis, c'est que les parties, n'étant pas d'accord, se réservaient de le faire déterminer par le juge. Si les arbitres ont été nommés par jugement, et que le délai de l'arbitrage ne soit pas indiqué, on doit plutôt supposer une omission que l'intention de se référer au délai légal du code de procédure. On pourra donc revenir devant les juges pour ART. 1007.

p. 717. MM. Carré et Toullier ont aussi délibéré une consultation dans le sens de M. Locré ; on la trouve dans les Lois de la proc., quest. 3307 à la note.

ART. 1007. leur demander de compléter leur jugement, ce qu'ils pourront faire par l'indication d'un délai, quand bien même les parties ne seraient pas d'accord pour demander cette indication.

Le principe que j'ai posé relativement au délai légal de l'article 1007 ne s'appliquera donc à l'arbitrage forcé que dans le cas où les trois mois seraient expirés sans que ni l'une ni l'autre des parties se fût pourvue devant le tribunal pour obtenir la fixation d'un délai.

En partant de ce principe, que le pouvoir des arbitres forcés ne peut s'exercer au delà du délai fixé, et qu'à défaut d'une fixation expresse sa durée se trouve limitée par le terme légal de trois mois, on en déduira les conséquences qui suivent :

Si les arbitres forcés n'ont pas jugé dans le délai qu'ont déterminé les parties, les juges ou la loi, leur sentence prononcée après l'expiration du terme serait nulle, alors même que les parties ne se seraient pas pourvues, depuis les délais expirés, pour faire nommer d'autres arbitres. La validité de la sentence ne résulterait que d'une confirmation expresse des pouvoirs des arbitres, d'une prorogation de délais ou d'un acquiescement ultérieur.

La prorogation ne pourrait avoir lieu que

du consentement de toutes les parties. Une ART.
décision du tribunal ne pourrait suppléer à 1007.
leur volonté, parce que l'expiration du pouvoir des arbitres est un fait légal acquis à toutes les parties intéressées, et qui ne peut être effacé par la volonté du juge (1). Les parties auraient individuellement le droit de choisir d'autres arbitres à la place de ceux dont les pouvoirs sont terminés; le tribunal de commerce pourrait sans doute, à défaut d'une désignation émanée des parties, nommer les mêmes arbitres pour juger la même contestation, mais ce seraient de nouveaux pouvoirs, et non la prorogation des anciens. Cependant les actes de la procédure faits en vertu de la nomination primitive seraient considérés comme valables au point de vue de la conservation du droit et de l'interruption du cours de la prescription, ainsi que je le démontrerai plus tard (2).

2° Les effets du compromis cessent encore 1008.
avant la sentence, par la *révocation* du pouvoir des arbitres. Mais la révocation ne produit ce résultat que si elle émane du consentement una-

(1) Arrêt de la cour de Bordeaux, du 28 juin 1818; Dalloz, Jurisp. gén., tome 1, p. 717.

(2) V. *infra*, p. 575 et suiv.

ART. 1008. nime des parties. La révocation faite par toutes les parties laisserait cependant subsister l'instance arbitrale, si le compromis portait la clause que, nonobstant la révocation de l'un ou de plusieurs d'entre eux, les arbitres restants devront passer outre, ou si par la révocation elle-même les parties autorisaient les arbitres non révoqués à prononcer leur sentence. Mais, dans ce dernier cas, les arbitres non révoqués pourraient refuser l'arbitrage, alors même que les opérations seraient déjà commencées, parce que l'on peut supposer qu'ils n'avaient accepté la mission conférée par le compromis, qu'en vue de la coopération des arbitres révoqués.

Si les parties, en révoquant un arbitre, en nommaient un autre à sa place, chargé de concourir à la sentence arbitrale avec les arbitres non révoqués, le compromis antérieur ne serait pas anéanti, pourvu que les arbitres restants acceptassent l'adjonction et le concours du nouvel arbitre. Les délais continueraient à courir du jour de la date du compromis et non du jour de la nomination du nouvel arbitre, et toutes les opérations antérieures auxquelles il n'a pas participé seraient considérées comme valables.

La révocation n'affecte pas de formes spé-

ciales. Elle peut être déclarée aux arbitres par lettre missive émanée de toutes les parties, ou sur le procès-verbal des arbitres, enfin par acte extrajudiciaire. On peut voir une révocation tacite dans les actes qui démontrent la volonté des parties de renoncer à l'arbitrage, par exemple lorsqu'elles transigent; mais la mission des arbitres cesse dans ce cas moins par l'effet d'une révocation que par l'extinction de l'instance arbitrale. ART. 1008.

Les principes que je viens d'exposer s'appliquent à l'arbitrage forcé comme à l'arbitrage volontaire. Une partie n'aurait pas le droit de révoquer, par sa seule volonté, l'arbitre que le tribunal de commerce a désigné pour elle; il y a contrat judiciaire, et la partie est liée par la nomination d'office, comme si la désignation émanait d'elle (1). — Mais la forme judiciaire de la nomination ne serait pas un obstacle à la révocation unanimement convenue entre les parties; les juges n'ont en effet désigné les arbitres que parce que les parties leur ont transmis

(1) Il en serait autrement si la nomination d'office avait eu lieu par un jugement de défaut. La partie peut alors révoquer l'arbitre, tant qu'elle se trouve dans les délais de l'opposition, et en désigner un autre.

Art. 1008. le droit de le faire. Elles pourraient donc, reprenant l'exercice de leurs droits, révoquer les arbitres et revenir même devant le tribunal de commerce pour lui demander d'en indiquer d'autres en remplacement des arbitres révoqués.

1012. 3° Le *refus* d'un arbitre rend le compromis inutile. J'ai déjà dit que l'accession de la volonté des arbitres désignés était nécessaire. En matière d'arbitrage volontaire, cela ne peut être douteux ; — il en est de même des arbitres que dans le langage de la doctrine on appelle arbitres *forcés*. C'est leur juridiction qui est forcée, et non la mission qui leur est conférée par le juge ou les parties (1).

4° Non-seulement l'arbitre a le droit de refuser la mission que le choix du juge ou des parties lui confère, mais il peut encore se déporter après l'avoir acceptée. Il ne le pourrait plus si les opérations étaient commencées. Je ne sais rien de mieux à cet égard que ces paroles de la loi romaine : *Finge enim, post causam jam semel*

(1) M. Carré pense que l'arbitre forcé ne peut refuser l'arbitrage, à moins qu'il n'ait des motifs d'empêchement. Lois de la proc., quest. 3313.

atque iterum tractatam, post nudata utriusque Art.
intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel 1012.
gratiæ dantem vel sordibus corruptum, vel aliâ quâ ex causâ nolle sententiam dicere : quisquamne potest negare æquissimum fore, prætorem interponere se debuisse, ut officium quod in se recepit, impleret (1)?

Il faut bien le reconnaître, cette défense de se déporter, faite aux arbitres, n'a pas de sanction efficace, parce qu'ils trouveront toujours des prétextes plausibles pour s'abstenir de juger. Ils ont contracté, si l'on veut, une obligation de faire qui se résout en dommages et intérêts; mais quel plaideur voudrait imposer à ses juges l'obligation de juger à jour fixe sous peine de dommages-intérêts? Quel tribunal condamnerait l'arbitre qui s'abstient de juger, à supporter la peine d'un retard consciencieux peut-être, dans tous les cas facile à justifier? Le préteur romain frappait, il est vrai, d'une amende l'arbitre récalcitrant; mais il accordait à l'arbitre qui déclarait par serment n'être pas suffisamment éclairé, un délai suffisant pour qu'il prononçât la sentence (2) : « Dans nos

(1) L. 3, § 1, ff. *de receptis.*
(2) L. 13, § 4, ff. *de receptis.*

ART. moeurs, dit Jousse, et par l'usage qui se pratique
1012. aujourd'hui, on n'impose point aux arbitres la nécessité de juger, et on ne les contraint point à rendre leur sentence, s'ils ne trouvent pas à propos de le faire. Car, comme il peut survenir des causes qu'il ne doit pas être obligé d'expliquer en justice, on lui laisse la liberté d'exercer ou de ne pas exercer cette fonction qui doit être libre, et l'on évite par là des inconvénients qu'il est aisé de prévoir (1). » Les mœurs n'ont point changé ; souvent j'ai vu des arbitrages rester, suivant l'expression de Bretonnier, *sans fruit ni succès*, par l'expiration du temps déterminé ; je ne connais pas d'exemple d'une demande en dommages-intérêts fondée sur une telle cause.

5° Le code comprend, sous la dénomination générale d'*empêchement*, tous les motifs raisonnables d'abstention, tous les scrupules de conscience qui légitiment le déport de l'arbitre, même après les opérations commencées. La loi romaine mettait au nombre de ces causes d'abstention ou d'empêchement les in-

(1) Traité de l'administration de la justice, tome 2, p. 706 ; Jousse copie presque textuellement Domat, Droit public, liv. 2, tit. 7, sect. 2.

jures adressées par les parties à l'arbitre, ART.
l'inimitié survenue, l'âge, la maladie, les 1012.
exigences des affaires personnelles, des fonctions publiques conférées à l'arbitre (1). Le code ne précise rien à cet égard; c'est un principe analogue à celui de l'article 2007 du code civil, qui permet au mandataire de renoncer à son mandat, sans être soumis à aucune indemnité, alors même que la renonciation serait préjudiciable aux intérêts du mandant, s'il se trouve dans l'impossibilité de le continuer sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. Seulement la nature particulière des fonctions de l'arbitre doit rendre plus facile dans l'admission des excuses.

6° A côté de l'abstention ou du déport, se 1014.
place naturellement la *récusation*. Les arbitres volontaires ou forcés peuvent être récusés pour toutes les causes qui justifient la récusation des juges ordinaires (2). On conçoit que, les arbitres volontaires étant choisis par les parties elles-mêmes, la récusation ne devrait pas être accueillie, si elle avait une cause antérieure au compromis et connue déjà des contractants.

(1) L. 9, § 4; l. 11, l. 15, l. 13, ff. *de receptis*.
(2) V. Code de proc., art. 378, et le ch. 27 du tome 5.

Art. 1014. Mais la parenté en ligne directe, entre le juge et la partie, ou la qualité de conjoint de l'une des parties, serait, comme devant les tribunaux ordinaires, une cause d'incapacité absolue plutôt qu'une cause de récusation proprement dite, et vicierait le compromis alors même que la parenté de l'arbitre avec l'une des parties aurait été connue au moment où l'acte a été fait. La loi romaine disait au contraire : *Etiam de re patris dicitur filiumfamilias arbitrum esse : nam et judicem eum esse posse, plerisque placet* (1). — Mais ce principe, rejeté par notre loi nouvelle lorsqu'il s'agit de la capacité de déposer comme témoin (2), proscrit à plus forte raison lorsqu'il s'agit de participer comme juge à la décision du procès (3), doit être repoussé même en matière d'arbitrage volontaire. C'est une sentence que doivent prononcer les arbitres; il faut, pour que leur opinion puisse avoir ce caractère, que

(1) L. 6, ff. *de receptis*.

(2) L'incapacité d'être témoin est également attachée à certaines condamnations, mais elle n'empêche pas d'exercer les fonctions d'arbitre, parce qu'elle n'est pas fondée sur une présomption de partialité; v. *suprà*, p. 504 et suiv.

(3) V. tome 5, p 511.

l'on trouve au moins en eux une impartialité Art.
probable, tandis que la preuve contraire ré- 1014.
sulte d'une présomption *juris et de jure* qui enlève à la fois à l'arbitre son caractère de juge, à sa décision le caractère d'un jugement (1). Si, dans les solutions que j'ai données aux questions qui s'élèvent sur la capacité d'être arbitre, j'ai fait une large part à la volonté des parties, ces concessions ne peuvent s'étendre jusqu'à compromettre le caractère d'impartialité sans lequel la mission du juge est impossible, parce que ses opérations seraient viciées dans leur essence. — A plus forte raison faut-il le décider ainsi, lorsqu'il s'agit de l'arbitrage forcé, et qu'un mineur ou tout autre incapable est intéressé dans la contestation à laquelle aurait pris part un parent en ligne directe ou le conjoint, soit des autres parties, soit de l'incapable lui-même.

J'ai dit qu'en matière d'arbitrage volontaire il n'y avait pas de limite à la liberté des parties dans le choix des arbitres; de là certaines causes de récusation non prévues par la loi, lorsque ce choix est la conséquence d'une

(1) L'ancienne jurisprudence le décidait ainsi. V. Merlin, Questions de droit, v° arbitres, § 10.

Art. 1014. erreur sur la qualité de la personne. Supposez, par exemple, que l'arbitre choisi fût déjà frappé de la dégradation civique, et que la condamnation fût ignorée de l'une des parties. Elle pourra se prévaloir de cette erreur, bien que l'arbitre ne soit pas frappé d'incapacité relativement aux fonctions qui lui sont conférées. Le choix est fait en considération de la personne; elle est, pour ainsi dire, l'objet du contrat. Le consentement est donc vicié lorsque l'erreur en est la cause déterminante. — A plus forte raison faudra-t-il décider ainsi lorsque la cause qui modifie l'état ou la personne civile de l'arbitre sera survenue depuis le compromis.

On sait qu'en matière d'arbitrage forcé, il en résulterait une incapacité légale, et non pas seulement une cause de récusation.

On a vu que la règle d'après laquelle il n'est permis de récuser les arbitres que pour cause survenue ou découverte depuis le compromis est fondée sur l'acte volontaire des parties, c'est-à-dire la désignation qu'elles ont faite elles-mêmes.

Mais il peut arriver qu'en matière d'arbitrage forcé les arbitres soient nommés d'office

par le juge. L'arbitrage volontaire présente Art. également des hypothèses dans lesquelles la 1014. nomination des arbitres n'est pas le fait direct des parties : par exemple, lorsque la clause compromissoire a été stipulée dans une police d'assurances maritimes, et que l'une des parties refuse de concourir à la nomination des arbitres. Il peut se faire aussi qu'en matière d'arbitrage volontaire ou forcé les arbitres désignés par les parties soient autorisés à nommer un arbitre pour remplacer l'arbitre qui refuse, qui se déporte, ou ne peut remplir la mission qu'il avait acceptée; les arbitres enfin peuvent être autorisés à nommer un tiers arbitre en cas de partage. Dans toutes ces hypothèses, le droit de récusation n'est plus limité aux causes survenues ou découvertes depuis la nomination, parce que cette nomination n'est pas l'œuvre directe de la volonté des parties. On rentre alors dans l'application des principes généraux, qui n'enlèvent le droit de récuser que lorsque la partie a fait un acte duquel on peut induire qu'elle accepte les juges qu'elle aurait eu le droit de récuser (1).

(1) Code de proc., art. 382.

ART. 1014. Il peut arriver aussi qu'en matière d'arbitrage forcé, ou d'assurances maritimes, chacune des parties nomme séparément son arbitre sans qu'il y ait accord sur le choix. Dans ce cas, le droit de récusation peut s'exercer encore, même pour une cause antérieure à la désignation. Des arrêts ont jugé qu'il suffisait alors à la partie de se pourvoir devant le tribunal, pour faire remplacer l'arbitre non agréé par elle, quoiqu'une cause précise de récusation ne pût être invoquée (1). Je ne saurais me rendre à cette opinion. Lorsqu'en effet l'arbitrage est imposé par la loi, ou par l'obligation résultant de la clause compromissoire, l'accord des parties n'est plus nécessaire pour la composition du tribunal des arbitres, parce que l'on ne peut plus dire que ce soit en considération de leur personne que l'obligation ait été contractée. Si l'on exige cet accord, que deviendra la doctrine qui permet à l'une des parties de maintenir son choix lorsque l'autre refuse de faire connaître le sien (2)? Ce serait abandonner à la partie le pouvoir de substituer, suivant son caprice, la désignation du tribunal au choix que la loi réserve au plaideur.

(1) Arrêt de Bruxelles du 15 mars 1833.

(2) V. *suprà*, p. 530.

Quant aux formes de la récusation, la loi est ART.
muette; je crois que l'acte de récusation devrait 1014.
être notifié directement aux arbitres (1); il sera signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale et authentique. La récusation sera jugée par le tribunal civil, le tribunal de commerce ou la cour royale, dont le président est investi du droit de délivrer l'ordonnance d'*exequatur*, suivant les distinctions que j'établirai plus tard. Les arbitres non récusés ne peuvent statuer sur la récusation dirigée contre l'un d'eux, d'abord parce que leur tribunal n'est pas complet, puis parce qu'elle intéresse l'arbitre récusé qui ne s'est pas soumis à la juridiction arbitrale. — La loi ne fixe aucun délai dans lequel la récusation doive être proposée; elle pourra donc l'être tant que la partie n'aura fait aucun acte emportant renonciation à s'en prévaloir.

7° Le décès d'un arbitre, en modifiant la 1012.
composition du tribunal arbitral, met fin au

(1) M. de Vatimesnil pense que l'on pourrait suivre les règles indiquées pour la récusation des juges, et déposer au greffe l'acte de récusation, conformément aux articles 384 et suiv. du code de proc. V. Encyclopédie, v° arbitrage, n° 288.

ART. 1012. compromis. L'obligation de juger est essentiellement personnelle et ne peut passer aux héritiers : *In compromissis arbitrium personæ insertum personam non egreditur* (1). — Le décès d'un arbitre produit les mêmes effets en matière d'arbitrage forcé, de sorte qu'il devient nécessaire de reconstituer le tribunal arbitral tout entier (2).

Mais la mort d'un arbitre ne terminerait pas l'arbitrage, si les parties étaient convenues qu'il serait passé outre, ou que l'arbitre serait remplacé par un autre arbitre choisi, soit par elles, soit par un tiers qu'elles ont désigné, soit par les arbitres restants; si les parties ou les arbitres ne s'entendaient pas sur le choix, la nomination serait faite par le président du tribunal, qui doit ordonner l'exécution de la sentence arbitrale (3).

Ceci doit également s'appliquer aux hypothèses qui précèdent, c'est-à-dire aux cas de refus, de déport, d'empêchement, de récusa-

(1) L. 45, ff. *de receptis.*

(2) Arrêt de Bruxelles, du 30 mai 1810; Dalloz, Jurisp. gén., tome 1, p. 715. Il est inutile de dire que les associés auraient le droit de maintenir la nomination des arbitres restants.

(3) Argument de l'article 1017 du code de procédure.

tion, lorsque la clause, qu'il sera passé outre, ou que l'arbitre sera remplacé, est insérée au compromis. Art. 1012.

8° C'était autrefois un principe constant que le décès de l'une des parties mettait fin au compromis, et que ses héritiers n'étaient pas tenus de s'y soumettre, à moins qu'il n'eût été stipulé d'une manière expresse que le compromis serait pour eux obligatoire : *Si hæredis mentio facta in compromisso non fuerit, morte solvetur compromissum* (1). Notre ancienne jurisprudence avait adopté cette règle, que le droit canonique avait également consacrée (2). 1013.

Elle était fondée, suivant quelques auteurs, sur ce que le compromis est un acte essentiellement personnel, parce qu'il a pour objet d'entretenir l'amitié et la concorde entre les parties qui le passent, et de terminer leur différend par des voies amiables (3). A ce point de vue, c'eût été un principe analogue à celui que notre ancienne jurisprudence avait admis relativement au contrat de société, dans lequel la considération de la qualité des personnes était

(1) L. 27, § 1, ff. *de receptis*.
(2) *X. Decret. Gregor.*, lib. 1, tit. 43, cap. 14.
(3) V. le Dict. de Prost de Royer, v° arbitre.

ART. 1015. prise comme motif déterminant de la convention. Là aussi la mort de l'un des contractants dissolvait le lien de droit, à moins qu'il n'eût été stipulé que la société continuerait avec les héritiers (1).

Peut-être la règle du droit romain reposait-elle sur un autre principe, sur l'assimilation que l'on établissait entre le *judicium* et l'arbitrage. On sait que dans le droit romain la mort de l'une des parties anéantissait l'instance : *De l'homme mort le plait est mort*, disait-on dans notre ancienne jurisprudence, par application des lois romaines (2); et si les jurisconsultes de Rome avaient admis la validité de la clause par laquelle le compromis devait continuer avec les héritiers, c'était sans doute une dérogation motivée sur la nature de l'arbitrage, contrat par son origine et par les actions qu'il produisait, instance quant à sa forme et quant au but que les parties se proposent.

(1) Pothier, Contrat de société, nº 145. — Dans le droit romain la société finissait par la mort d'un associé, nonobstant cette clause. Il n'y avait d'exception que pour les sociétés de publicains, pour la ferme des revenus publics ; cette clause y était considérée comme valable ; l. 59, ff. *pro socio*. V. code civil, art. 1868.

(2) Institutes coutumières de Loysel, livre 6, titre 3, nº 8. — V. tome 5, p. 189.

L'effet de cette clause, en vertu de laquelle le compromis était obligatoire pour les héritiers, s'étendait aux héritiers mineurs aussi bien qu'aux majeurs. Beaumanoir voulait cependant que, si parmi les hoirs se trouvait un *soz aagié*, la mise demeurât en l'état qu'elle se trouvait quand le père mourut, jusqu'à ce que l'enfant fût en âge ; à moins qu'il ne s'agît de meubles ou de créances, ou même en matière immobilière, « de cas de force ou de novele dessaisine ou de rescousse d'éritage ; car tel cas ne doivent pas soufrir délai ; ançois, doivent tost venir à fin de querele (1). » Art. 1013.

Le code de procédure n'admet plus comme cause d'extinction du compromis la mort naturelle ou civile de l'un des contractants. Le compromis est assimilé à toutes les conventions dans lesquelles on est censé stipuler pour ses héritiers et ayants cause (2) ; et par conséquent la clause relative aux héritiers étant sous-entendue serait surabondamment exprimée. Le compromis n'est pas présumé fait en considération de la per-

(1) Coutumes de Beauvoisis, chap. 41, n° 29.— Cette distinction dut être rejetée, lorsque la jurisprudence admit la validité du compromis fait par le mineur avec l'autorisation de son tuteur.

(2) Code civil, art. 1122.

Art. 1013. sonne des contractants : le légataire aussi bien que l'héritier du sang, et même le cessionnaire du droit litigieux, devraient procéder devant les arbitres. Le décès de la partie n'a sur le compromis qu'une influence secondaire : ses délais sont suspendus jusqu'à l'expiration de ceux que la loi accorde pour faire inventaire et délibérer (1).

Mais, par une restriction qui paraît assez bizarre, le législateur limite l'application de son principe au cas où *tous les héritiers* sont majeurs ; il en résulte que, si parmi les héritiers il se trouve un mineur, le décès met fin au compromis, même à l'égard des parties capables. Pour apprécier la portée de cette restriction, il faut chercher à se rendre compte du motif pour lequel elle est introduite.

Les auteurs n'ont pas manqué de signaler cette singularité, qui fait dépendre la force obligatoire du compromis passé entre parties capables, de l'incapacité de celui qui leur succède : « Rien n'explique à mes yeux, dit M. Boitard, comment un mineur n'est pas lié par le compromis consenti par la personne

(1) Mais si l'héritier accepte avant l'expiration du temps qui lui est accordé, les délais du compromis reprennent immédiatement leur cours.

dont, pour lui, on a accepté la succession. En effet le compromis est un contrat renfermant, avons-nous dit, obligation, libération ou aliénation conditionnelles. Or, le compromis une fois souscrit, l'obligation une fois consentie entre les deux parties majeures et capables, comment la mort de l'une d'elles, comment la minorité de ses héritiers peuvent-elles porter atteinte à l'existence de ce compromis? La partie qui l'avait souscrit était obligée, bon gré mal gré, de se soumettre au compromis; son héritier, même mineur, n'est-il donc pas tenu de toutes ses obligations, au moins jusqu'à concurrence de la valeur de la succession, puisqu'on ne peut accepter pour un mineur que sous bénéfice d'inventaire? J'avoue que je ne vois pas de réponse à cette objection (1). » ART. 1013.

Je crois cependant que la réponse est possible. M. Boitard indique lui-même le vice de son raisonnement. Je le trouve dans son point de départ. Il n'a vu de l'arbitrage que le contrat qui lui sert de base; il n'a pas voulu voir l'instance qui s'engage après le contrat. Suivant lui, l'arbitrage ne serait qu'une libération, une obligation, une aliénation conditionnelles:

(1) Leçon 64, sur l'article 1013.

Art. 1013. comme si le droit proclamé par la sentence avait son origine dans le compromis; et comme si le droit de créance ou de propriété soumis à l'appréciation des arbitres n'était pas préexistant à la convention dont il est l'objet (1)! Le point de départ du raisonnement serait exact, s'il s'agissait d'un contrat d'aliénation dans lequel les parties auraient laissé le prix à l'arbitrage d'un tiers. Il y aurait alors aliénation conditionnelle; et je n'hésite pas à dire que, dans cette hypothèse, le mineur, devenu héritier du vendeur avant l'estimation faite par l'arbitre, serait obligé de subir cette estimation, bien qu'il fût incapable de consentir personnellement une telle aliénation.

Pourquoi donc le mineur est-il délié de l'obligation que le compromis imposait à son auteur? Parce que le compromis a pour unique objet la manifestation du droit invoqué par l'une et l'autre des parties, et que loin de consacrer une aliénation même conditionnelle de ce droit, elles constatent une volonté contraire

(1) En droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, le compromis donnait naissance à une obligation conditionnelle, mais c'était l'obligation de payer la peine en cas d'inexécution de la sentence. V. *suprà*, p. 436.

par les prétentions qu'elles émettent. Le droit reste donc entier; les moyens de le mettre en lumière, c'est-à-dire le choix de la juridiction et les formes de l'instance, sont le but unique du compromis. Or la juridiction et les formes de procédure ne constituent jamais, pour le plaideur, des droits acquis, à l'abri d'éventualités imprévues ou de modifications légales, parce que la procédure et l'exercice de la juridiction consistent dans des actes d'une nature successive qui se rattachent au passé pour tout ce qui est accompli, à l'avenir pour tout ce qui reste à faire : « Tout ce qui touche à l'instruction des affaires tant qu'elles ne sont pas terminées, dit un arrêté du 5 fructidor an IX, se règle d'après les formes nouvelles, sans blesser le principe de non-rétroactivité que l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit. » A la vérité ce n'est pas *une loi nouvelle*, en vertu de laquelle est déclaré nul le compromis respectivement à l'héritier mineur; mais c'est *une autre loi* qui devient applicable, d'autres formes qui sont nécessaires, parce que l'intérêt public est en jeu dans les causes des incapables. Le compromis est si loin d'être un obstacle à cette substitution de la justice réglée prenant la place des arbitres, il engage si peu

ART. 1013.

ART. 1013. l'avenir, qu'une loi nouvelle qui supprimerait l'arbitrage enlèverait à tous les compromis antérieurs leur efficacité, sans qu'on pût l'accuser de rétroagir. La loi ne serait vraiment rétroactive que si elle annulait des sentences déjà prononcées (1).

Peu importerait d'ailleurs que les parties eussent déclaré obliger par le compromis leurs héritiers même mineurs; une semblable clause ne peut engager l'avenir, ni prédominer sur les considérations d'ordre public qui motivent le texte de la loi. — Quant à la clause compromissoire écrite dans un contrat d'assurances maritimes, elle n'est pas obligatoire tant que les héritiers sont mineurs; elle le devient pour les contestations qui s'élèvent depuis leur majorité.

Il y a même raison de décider que le compromis cesse d'être obligatoire, toutes les fois que la partie, capable au moment du contrat, cesse de l'être avant la sentence,

(1) On devrait d'ailleurs considérer comme valables tous les actes d'instruction, tels que les enquêtes, les vérifications, etc., qui auraient été faits par les arbitres avant le décès de la partie, ainsi que les aveux constatés sur les procès-verbaux. Ce sont des faits acquis avant que le compromis ne fût dissous.

soit pour cause d'interdiction judiciaire ou légale, soit qu'il y ait faillite déclarée, ou que la femme, en se mariant sous le régime dotal, se constitue en dot l'immeuble sur la propriété duquel elle a compromis (1). Il en sera de même encore lorsque la succession du décédé, étant déclarée vacante, est représentée par un curateur, ou lorsqu'elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. J'appliquerais enfin la même règle, quoique avec plus d'hésitation, au cas d'une cession ou d'une donation de l'objet litigieux à une personne incapable de compromettre, en réservant, bien entendu, les cas de fraude ou de simulation laissés à l'appréciation des tribunaux.

ART. 1013.

La loi n'exige pas la notification du décès; il ne serait pas nécessaire de notifier le changement d'état; mais pour que la cession ou le transport saisît le cessionnaire à l'égard de la partie adverse, la notification devrait être faite, aux termes de l'article 1690 du code civil.

(1) Mais le compromis serait obligatoire, malgré le refus du mari d'autoriser la femme, s'il s'agissait d'immeubles non dotaux ou de droits mobiliers sur lesquels elle a compromis avant le mariage. Le mari serait lié par le compromis; il en serait autrement si le mari était mineur.

Art. 1013. On n'appliquera pas ici la disposition de l'article 342 qui refuse toute influence aux causes d'interruption de l'instance, lorsque le procès est en état. Dès qu'un mineur est intéressé dans la contestation, la sentence arbitrale ne peut être valablement prononcée. Le caractère des arbitres disparaît. La présence de l'incapable n'arrête pas seulement la procédure; elle détruit le pouvoir du juge (1).

Le principe une fois admis, que le compromis ne peut valoir relativement au successeur incapable, on conçoit le motif pour lequel le législateur a voulu que le compromis, nul à l'égard de l'incapable, le fût également vis-à-vis de ses cohéritiers capables. La nécessité de diviser l'action rendrait trop onéreux le maintien de l'arbitrage; puisque la justice ordinaire doit être saisie, il vaut mieux que tous les intérêts soient débattus devant elle, à moins que les parties capables ne soient d'accord pour donner suite au compromis.

Ces questions ne peuvent s'élever à propos de l'arbitrage forcé. La compétence des arbitres est alors déterminée par la matière du

(1) Mais l'incapable seul pourrait se prévaloir de la nullité de la sentence prononcée.

procès, abstraction faite de la qualité des personnes (1). — Le décès aurait seulement pour effet de suspendre l'instance arbitrale pendant les délais pour faire inventaire et délibérer. Art. 1013.

9° Une dernière cause d'extinction du compromis, c'est le partage déclaré par les arbitres divisés d'opinion; le droit reste alors indécis. Une clause particulière, insérée dans le compromis, relativement à la nomination d'un tiers arbitre, prévient cette cessation éventuelle du compromis. — Pour l'arbitrage forcé, la loi y a pourvu. — Je reviendrai plus tard sur ce point, en m'expliquant sur les formalités nécessaires pour constater le partage et sur la mission du tiers arbitre. 1012.

Après avoir successivement examiné les causes diverses qui peuvent mettre fin au compromis avant la sentence définitive, je dois rechercher quelle est, relativement au droit des parties, l'influence du compromis resté sans efficacité, quoique valable à l'origine; puis j'exposerai les règles de l'instruction devant les arbitres.

Le compromis n'est pas un acte interruptif

(1) V. Code de commerce, art. 63.

Art. 1012. de la prescription; tout au plus la suspendrait-il pendant les délais qu'il indique ou que la loi accorde (1). L'effet d'interrompre la prescription ne serait attaché qu'à l'ajournement signifié pour comparaître devant les arbitres, ou à la comparution volontaire constatée sur leur procès-verbal ; la partie qui poursuit l'instance devant les arbitres a droit à la même protection que le plaideur qui veille à la conservation de ses droits devant les juges ordinaires : *Omninò negligens dici non debet, imo laudandum potius quod debitum suum modestius petat* (2). Mais après la mise en demeure de comparaître, après une instruction commencée, les délais du compromis expirent, et la sentence n'est pas prononcée. Tout ce qui s'est fait en exécution du compromis tombe t-il avec lui sans laisser de traces? et l'expiration du temps produira-t-elle des effets analogues à ceux de la péremption d'instance?

On a vu précédemment que sous notre ancienne jurisprudence, et même sous l'empire de la loi de 1790, les arbitrages avaient une

(1) V. tome 5, p. 636, et M. Troplong, de la Prescription, tome 2, n° 594.

(2) Brunemann, tome 2, p. 220, n°s 15 et suiv. V. L. 5, ff. *de receptis*.

durée illimitée lorsque le délai n'avait pas été Art.
déterminé par le compromis; alors on admet- 1012.
tait, dans quelques ressorts, une péremption de trois ans à l'image de celle qui, devant les tribunaux ordinaires, effaçait les actes de l'instance (1). Aujourd'hui l'extinction de l'instance arbitrale n'est pas le résultat d'une péremption, mais de la cessation du pouvoir des arbitres, par la seule expiration du temps et par la seule force de la loi, sans que la volonté des parties ait besoin d'être exprimée.

Mais si l'extinction du compromis n'est pas le résultat d'une péremption, devra-t-elle au moins produire des effets analogues? Pour résoudre cette question, il faut se demander si l'une et l'autre sont fondées sur la même cause, ont pour base la même présomption.

La péremption n'est autre chose qu'un désistement présumé. Lorsque le compromis expire par le laps de temps, une semblable présomption ne peut être admise, car la cause d'extinction est inhérente au contrat lui-même. On ne pent donc supposer un changement de volonté résultant de l'inefficacité du compromis, avec d'autant plus de raison que les actes qui seraient faits par les parties pendant la

(1) V. *suprà*, p. 537, note 2.

Art. 1012. durée du compromis ne donneraient pas une extension nouvelle à la mission des arbitres, ni aux délais un nouveau point de départ. Encore moins doit-on présumer une renonciation aux actes de poursuites, lorsque le compromis reste sans effet par le refus, le déport, l'empêchement ou le décès des arbitres, par la mort d'une partie laissant des héritiers mineurs ou par son changement d'état.

1008. Mais la révocation des arbitres nommés par le compromis, emportant renonciation volontaire à suivre l'instance arbitrale, devrait produire les mêmes effets que le désistement signifié et accepté dans le cours d'une instance ordinaire. Les choses seront remises au même état que s'il n'y avait pas eu d'instance engagée devant les arbitres, et la prescription du droit sera censée n'avoir jamais été interrompue; elle aurait été seulement suspendue pendant le laps de temps écoulé depuis le compromis jusqu'à la révocation. On ne pourrait se prévaloir, dans le cours d'une instance nouvelle, des actes de l'instruction faits devant les arbitres révoqués, ni des aveux consignés sur leurs procès-verbaux. — Il en serait autrement si la révocation était seulement partielle, et si les arbitres non révoqués étaient autorisés

à continuer leur mission avec l'adjonction de Art.
nouveaux arbitres, soit qu'ils dussent juger 1008.
sans cette adjonction (1). — Je ferais produire au compromis les mêmes effets, quant à la conservation des droits des parties, si, par l'acte de révocation qui frappe tous les arbitres, d'autres arbitres étaient nommés pour juger à leur place ; il n'y a pas alors d'intervalle pendant lequel ait pu courir la prescription.

Toutes ces règles s'appliquent, par identité de motifs, à l'arbitrage forcé.

J'arrive aux formes de la procédure : les 1009.
parties et les arbitres doivent suivre les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues.

Cette règle, posée par l'article 1009, s'applique sans distinguer les juridictions diverses auxquelles serait attribuée la contestation, si la justice régulière eût été saisie. Le type de la procédure arbitrale, c'est la procédure des tribunaux civils de première instance, quelle que soit la matière soumise à l'arbitrage volontaire, dût-elle rentrer dans la compétence des tribunaux de commerce ou des juges de paix. Il ne fallait pas imposer aux arbitres

(1) V. *suprà*, p. 552.

Art. 1009. l'obligation de décider une question de compétence pour savoir quelles formes et quels délais ils devaient suivre. Toutefois la règle est loin de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter dans la pratique, et même il est difficile de concilier la généralité de ses termes avec l'organisation du tribunal des arbitres. Le législateur a voulu seulement consacrer une assimilation de tout temps proclamée entre l'arbitrage et l'instance judiciaire : *ad similitudinem judiciorum redigitur;* entre la mission du juge et celle des arbitres, que nos anciens jurisconsultes, en leur refusant la qualification de juges, désignaient sous cette singulière dénomination : *simiæ judicum* (1).

Ainsi, quoiqu'une citation soit nécessaire pour mettre en demeure de comparaître devant les arbitres la partie qui ne se présente pas volontairement, la procédure arbitrale n'exigeant pas le concours des officiers ministériels, l'ajournement ne contiendra pas de constitution d'avoué, et la partie assignée n'aura pas à constituer d'avoué dans les délais de l'ajournement (2). On conçoit dès lors que la signifi-

(1) V. Mornac, sur la loi 1, ff. *de receptis.*

(2) Dans quelques tribunaux, on déclarait nuls, autrefois, les compromis qui ne contenaient pas constitution

cation des moyens ou défenses ne peut avoir lieu comme devant les tribunaux ordinaires. Les pièces et défenses sont simplement produites et déposées entre les mains des arbitres, sauf aux parties à en prendre communication. Quant aux délais de production, on ne peut se référer non plus au droit commun, car la loi règle ce point d'une manière spéciale pour la procédure devant les arbitres, en imposant aux parties l'obligation de produire leurs moyens, quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis. La loi ajoute que les arbitres seront tenus de juger sur ce qui aura été produit. Tout cela est fort insuffisant, car rien n'est précisé quant aux délais accordés aux parties pour prendre communication des pièces et des défenses produites par l'adversaire, et pour rédiger des réponses. Le remède à cette insuffisance de la loi se trouve dans la liberté qu'elle laisse aux arbitres eux-mêmes. Ils apprécieront l'intérêt que la partie peut avoir à répondre aux moyens produits contre elle ; et, selon les circonstances, ils rejetteront une production tardive ou l'admettront ; ils pourront même refuser de juger, si la production est faite

Art. 1009.

1016.

de procureur; mais généralement leur ministère n'était pas exigé. V. Prost de Royer, v° arbitres, n° 41.

Art. 1016. à une époque trop rapprochée du délai auquel le compromis expire, et s'ils n'avaient pas, à partir de cette époque, la quinzaine que la loi leur réserve pour la rédaction de leur sentence.

Pour l'arbitrage forcé, la loi contient des dispositions plus précises. Les parties remettent leurs pièces et mémoires aux arbitres, sans aucune formalité de justice; l'associé en retard de remettre ses pièces et mémoires est sommé de le faire dans les dix jours. Les arbitres peuvent, suivant l'exigence des cas, proroger le délai pour la production des pièces; s'il n'y a renouvellement de délai, ou si le nouveau délai est expiré, les arbitres jugent sur les seules pièces et mémoires remis (1).

1009. L'assimilation entre la procédure des tribunaux et la procédure des arbitres ne se rencontrera guère que dans l'instruction relative aux moyens de preuve. S'agit-il d'entendre des témoins, de procéder à une expertise, à un interrogatoire sur faits et articles, à une descente sur les lieux, de recevoir un serment,

(1) Code de commerce, art. 56, 57, 58, 59. — Ordonnance de 1673, tit. 4, art. 12.

les arbitres devront s'astreindre aux formes Art.
essentielles que le droit commun a introduites 1009.
dans l'intérêt de la manifestation du droit.

Le jugement arbitral qui ordonne l'instruction, rendu exécutoire suivant le mode que j'indiquerai plus tard (1), est signifié dans les cas où la loi commune exige cette signification. — S'agit-il d'une enquête, on observera les dispositions sur la notification des noms des témoins à la partie, sur l'assignation aux témoins, sur les reproches, le serment, etc. (2). — L'expertise sera faite par trois experts, à moins que les parties ne consentent à ce qu'elle soit faite par un seul; les règles sur le serment, sur la récusation des experts, seront également observées (3). Je pense que les arbitres pourraient connaître de la récusation de l'expert comme des reproches de témoins (4); sauf le cas

(1) V. *infrà* mes explications sur l'art. 1020.

(2) Code de procédure, art. 260 et suiv. M. Dupin a dit, devant la cour de cassation, lors de l'arrêt du 15 mai 1838, que les arbitres n'avaient pas le droit de recevoir le serment des témoins. La doctrine de tous les anciens auteurs et la jurisprudence protestent contre cette assertion.

(3) Code de procédure, art. 307 et suiv.

(4) Aux termes de l'art. 311, la récusation des experts est jugée sur les conclusions du ministère public; mais

Art. 1009. où l'expert récusé réclamerait des dommages-intérêts : alors la récusation devrait être renvoyée devant les juges ordinaires saisis de la demande en dommages-intérêts. — Les autres modes d'instruction dont j'ai parlé ne présentent, devant les arbitres, aucune particularité qui doive nous arrêter.

1011. Mais il faut remarquer que les actes d'instruction, les procès-verbaux doivent être faits par tous les arbitres, à moins que le compromis ne les autorise à commettre l'un d'eux. C'est que les parties sont présumées avoir mis leur confiance dans les arbitres réunis, et chacun d'eux, agissant isolément, agirait sans mandat, si ce mode de procéder n'avait été spécialement autorisé. Il en résulte qu'à défaut d'une clause autorisant à commettre un arbitre, les témoins seront entendus par les arbitres réunis ; on devra dresser procès-verbal de leurs dépositions, à moins que la sentence ne doive être rendue sans appel. De même la descente sur les lieux sera faite par les arbitres en corps, et non

cette règle ne fait pas obstacle à l'exercice de la juridiction des arbitres, pas plus qu'à celle des tribunaux de commerce, parce que l'appréciation des causes de récusation de l'expert est un accessoire de la juridiction qui leur appartient sur le fond.

par un seul. La cour de cassation a même Art.
jugé qu'un des arbitres n'avait pas, en l'absence 1011.
des autres, qualité pour recevoir une prestation de serment (1).

Il y a des incidents qui ne peuvent se prêter 1015.
aux formes de la justice arbitrale; cette particularité se rencontre pour certains incidents relatifs à l'instruction, pour quelques questions préjudicielles, enfin pour les incidents proprement dits, c'est-à-dire ceux qui agrandissent la sphère des prétentions primitives.

S'il s'élève devant les arbitres un incident de faux, même purement civil, les arbitres doivent délaisser les parties à se pourvoir. La procédure en inscription de faux est toujours communicable, et la transaction sur cet incident ne serait valable que si elle était homologuée par le tribunal sur les conclusions du ministère public (2); c'est ce qui explique l'abstention imposée aux arbitres.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait inscription de faux déjà formée dans le tribunal compétent.

(1) Arrêt du 5 juillet 1834.

(2) Code de procédure, art. 249. V. tome 4, p. 139.

Art. 1015. Il suffit, pour mettre les arbitres en demeure de surseoir, que l'une des parties, par des conclusions formelles, demande le renvoi, en déclarant qu'elle entend s'inscrire en faux contre une pièce produite. Dans le système contraire, il faudrait supposer une instance déjà introduite devant le tribunal civil, des sommations et déclarations signifiées par des avoués, une inscription de faux établie sur les registres du greffe ; or la preuve que les arbitres doivent surseoir alors même que ces formalités n'ont pas été remplies, c'est que le texte dit que les arbitres *délaisseront les parties à se pourvoir*, ce qui démontre qu'elles ne se sont pas encore pourvues. Ces mots de l'article, *s'il est formé inscription de faux*, doivent donc s'entendre comme dans l'article 427, sur la procédure des tribunaux de commerce, d'une déclaration faite par la partie qu'elle veut s'inscrire en faux, et non pas d'une inscription de faux déjà formulée au greffe (1).

Mais la loi ne défend pas aux arbitres de statuer sur la simple dénégation ou méconnaissance d'un écrit sous signature privée. Sous ce rapport, le pouvoir des arbitres n'est pas

(1) V. *suprà*, p. 298.

soumis à la restriction qui limite le pouvoir Art.
des tribunaux exceptionnels (1) ; c'est que les 1015.
juridictions exceptionnelles ont été introduites en vue de certaines contestations, en dehors desquelles le juge est incompétent, parce qu'il se trouve sous une présomption d'incapacité relativement à la procédure spéciale que pourraient exiger des incidents d'une certaine nature. Quant aux arbitres, leur capacité se présume, au contraire, pour la solution de tous les incidents que soulève l'examen de la cause, à moins que l'intérêt public n'exige l'intervention des juges ordinaires. Cette présomption résulte du choix spontané des parties, qui ont désigné les arbitres en vue des difficultés que la contestation devait produire. Et comme la vérification d'écritures ne présente pas le caractère de gravité qui s'attache à l'incident de faux, même purement civil, et qu'elle n'exige pas l'intervention du ministère public, rien ne s'oppose à ce que les arbitres volontaires y procèdent conformément à la loi, et statuent sur le résultat des opérations, alors même que ce droit ne leur serait pas spécialement conféré par le compromis. — Cette distinction

(1) Code de procédure, art. 14 et 427. V. *suprà*, p. 295.

Art. 1015. entre la vérification d'écritures et l'incident de faux était consacrée par la doctrine de nos anciens auteurs (1).

Mais je n'accorderais pas le même droit aux arbitres forcés. Comme tels, ils ont une compétence déterminée par la loi; et si la spécialité d'une juridiction restreinte fait obstacle, devant les tribunaux de commerce et les juges de paix, à ce que la vérification d'écriture, même incidente, puisse leur être soumise, il y a même raison d'étendre la prohibition légale à la juridiction des arbitres forcés. Ils sont, il est vrai, choisis par les parties comme les arbitres volontaires; mais ce choix, alors même qu'il émane des parties, n'est fait qu'en vue des contestations sociales; et, comme il s'agit d'une juridiction imposée, la loi a dû réserver le recours aux tribunaux ordinaires pour tout incident dont la solution exige plus impérieusement certaines garanties de capacité. Sans doute les parties pourraient investir les arbitres forcés du pouvoir de statuer sur la dénégation ou la méconnaissance d'un écrit sous signature privée; mais ils seraient alors, rela-

(1) V. Jousse, de l'Administration de la justice, tome 2, p. 699.

tivement à cet incident, des arbitres volon- Art.
taires, sauf à statuer ensuite comme arbitres 1015.
forcés sur le fond du procès (1). De là cette conséquence que le pouvoir dont je viens de parler ne pourrait leur être conféré, si parmi les parties intéressées se rencontraient des personnes qui ne pussent valablement se soumettre à l'arbitrage volontaire.

Les arbitres volontaires doivent également délaisser les parties à se pourvoir lorsque, dans le cours de l'instance, s'élève quelque incident criminel. On peut donner pour exemple le cas où l'une des parties prétendrait que son adversaire a supprimé ou soustrait frauduleusement des pièces décisives; et, pour généraliser, il faut appliquer le principe toutes les fois que la preuve d'un fait criminel imputé à l'une des parties, ou même à un tiers, peut exercer

(1) Il ne faut pas s'étonner de ce double caractère dans lequel les arbitres exerceraient leur mission ; c'est ce qui arrive lorsque se présentent devant une juridiction spéciale des incidents dont la loi attribue la connaissance aux juges ordinaires. C'est ainsi que, lorsque les juges du tribunal civil remplissent les fonctions de juges de commerce, ils statuent sur le fond comme juges d'exception, et sur certains incidents comme juges ordinaires.

ART. 1015. quelque influence sur la solution du procès. La loi n'a pas voulu que le voile qui couvre la procédure des arbitres devînt un moyen de dérober aux recherches de la justice un fait prévu par les lois pénales. — On peut, à la vérité, compromettre sur l'intérêt civil résultant d'un délit (1) ; mais cette règle ne peut s'appliquer lorsque le débat s'élève incidemment devant les arbitres. La question que soulève le fait criminel allégué dans le cours de l'instance arbitrale ne se rattache qu'accessoirement à l'objet du compromis. Et comme l'incident surgit de l'instance elle-même, les conséquences du défaut de publicité seraient bien plus dangereuses que s'il s'agissait d'un délit antérieur au compromis, sur la réparation duquel les arbitres auraient à prononcer.

Il suffit d'ailleurs, comme je l'ai déjà dit à propos du faux incident civil, que la partie déclare son intention de se pourvoir devant le tribunal compétent, pour que les arbitres volontaires ou forcés soient tenus de s'arrêter, en fixant un délai dans lequel la partie qui soulève l'incident devra se mettre en mesure d'obtenir jugement.

(1) V. *suprà*, p. 484.

Dans l'une et l'autre hypothèse, qu'il s'agisse Art.
d'une inscription de faux ou d'un incident 1015.
criminel, les arbitres ne se dessaisissent pas du fond de la contestation; mais, afin d'éviter que de tels incidents soulevés par une partie ne deviennent un moyen frauduleux de paralyser la justice arbitrale, le législateur a voulu que les délais du compromis fussent suspendus pendant l'intervalle du temps accordé pour se pourvoir sur l'incident. Les délais ne reprennent leur cours qu'après que le juge compétent a statué sur la question incidente, ou que le temps du sursis prononcé par les arbitres est expiré, sans que la partie se soit mise en mesure de se pourvoir. Dans ce dernier cas, les arbitres devront passer outre, sans tenir compte de l'incident auquel il n'a pas été donné suite.

Ces hypothèses, au surplus, ne sont pas les seules dans lesquelles le délai de l'arbitrage doive se trouver suspendu. On appliquera le principe toutes les fois qu'un incident, de quelque nature qu'il soit, exigera le renvoi devant les tribunaux ordinaires.

On en a vu déjà des exemples dans le cas de récusation d'un arbitre. Certaines questions préjudicielles produisent les mêmes effets rela-

Art. tivement aux délais du compromis, parce
1015. qu'elles imposent aux arbitres la même obligation de surseoir.

J'ai posé le principe à propos des questions d'état qui surgissent incidemment devant les arbitres. S'il s'élève dans le cours d'un arbitrage, dont l'objet a pu valablement faire l'objet d'un compromis, des contestations relatives à la qualité de français ou d'étranger, de mineur ou de majeur, de mineur émancipé ou non émancipé, d'enfant légitime ou naturel, de femme mariée, de femme séparée judiciairement de corps ou de biens, et que l'incident soulevé soit de nature à exercer quelque influence sur le fond du procès, les arbitres volontaires ou forcés devront surseoir et renvoyer les parties devant les tribunaux compétents. Les délais du compromis seront suspendus dans l'entre-temps.

Mais en serait-il ainsi relativement à la qualité d'héritier, de légataire, de femme commune en biens ou ayant répudié la communauté, ou de femme séparée contractuellement?

Devant les tribunaux de commerce il ne peut s'élever de doute à cet égard. La loi a tranché

pour eux la question de compétence, de sorte qu'il n'y a de controverse possible que sur l'extension du principe. En matière d'arbitrage, la loi est muette; en effet, on ne peut appliquer à ces hypothèses la règle qui prohibe le compromis sur les questions d'état, et si la loi s'est expliquée sur les séparations d'entre mari et femme, le texte ne peut s'entendre que des séparations judiciaires, et non de la séparation établie par les conventions matrimoniales. Les difficultés relatives aux qualités diverses que je viens d'énumérer auraient été valablement soumises aux arbitres par une disposition expresse du compromis. Que faut-il décider lorsqu'elles s'élèvent incidemment devant eux? ART 1013.

Il faut d'abord distinguer suivant qu'il s'agit d'arbitres volontaires ou d'arbitres forcés; il faut distinguer encore des hypothèses diverses, si l'on réduit les termes de la question au cas où l'on procède devant les arbitres volontaires.

Quant aux arbitres volontaires, on doit admettre qu'en principe ils peuvent connaître des questions sur la qualité des personnes que soulève incidemment l'arbitrage, lorsque la question de qualité eût pu leur être expressément soumise par les termes du compromis.

Art. 1015. Toutefois je distinguerais, suivant que la question de qualité est présentée comme moyen de justifier la demande ou la défense sur le fond même du procès, ou qu'elle est soulevée dans le but de décliner la juridiction arbitrale constituée par le compromis. Dans le premier cas, les arbitres doivent statuer; dans le second, ils devront surseoir.

Deux parties ont compromis sur l'existence d'une obligation. L'une d'elles soutient qu'elle n'est pas tenue de la dette, objet du compromis qu'elle a passé, parce qu'elle a répudié la succession de celui qui l'aurait contractée. L'autre reconnaît qu'en effet son adversaire ne peut être obligé qu'en la qualité d'héritier, et prétend que la succession a été par lui expressément ou tacitement acceptée. Les arbitres statueront sur ce débat, parce qu'ils n'ont pas, comme les tribunaux de commerce et les arbitres forcés, une compétence limitée, et que les pouvoirs qu'ils ont reçus sont dès lors présumés s'étendre à toutes les questions accessoires qui se rattachent à l'objet du compromis, si l'intérêt public ne fait pas obstacle à l'exercice de leur juridiction. — Ce que j'ai dit de la qualité d'héritier s'applique, par identité de motifs, aux contestations incidentes sur la

qualité de légataire, de femme commune, renonçante ou séparée contractuellement. Art. 1015.

Voici l'autre hypothèse : Deux parties ont compromis; l'une meurt laissant un héritier majeur. Assigné en reprise de l'instance arbitrale après les délais pour faire inventaire et délibérer, le successible se prévaut d'une renonciation à l'hérédité de son auteur, qui le dégage des obligations contractées par celui-ci, et, par suite, de l'obligation de subir la juridiction des arbitres. Son adversaire soutient qu'il a fait acte d'héritier, que dès lors il est obligé par le compromis de son auteur; que devront faire les arbitres? Délaisser les parties à se pourvoir devant les tribunaux civils pour faire statuer sur la qualité contestée; si la qualité d'héritier est attribuée à celui qui la répudie, les parties reviendront devant les arbitres, et les délais du compromis, suspendus à partir de l'incident, reprendront leur cours à compter du jugement (1).

(1) Mais s'il était jugé que la partie assignée en reprise n'avait pas la qualité d'héritier, les délais du compromis ne seraient pas suspendus à l'égard du véritable héritier qui n'aurait pas été appelé devant les arbitres. Le demandeur doit s'imputer la faute d'avoir mal dirigé son action en reprise.

Art 1015. Il est facile de comprendre pourquoi, dans cette hypothèse, les arbitres n'ont pu statuer sur la qualité contestée : c'est que la contestation met en doute l'existence même de leurs pouvoirs. Elle est donc essentiellement préjudicielle ; car les arbitres, en prononçant sur la qualité, pourraient arriver à cette singulière conséquence, que, venant à décider que la partie n'est pas obligée à l'exécution du compromis, ils reconnaîtraient par là qu'ils n'avaient pas le pouvoir de prononcer la décision qu'ils ont cependant rendue.

On appliquera cette règle à toutes les hypothèses dans lesquelles l'obligation d'exécuter le compromis sera subordonnée à la qualité contestée, notamment dans le cas où un tiers voudrait se prévaloir de sa qualité de cessionnaire du droit de l'un de ceux qui ont souscrit le compromis, pour agir à ce titre devant les arbitres saisis de la contestation sur le droit litigieux qui lui a été cédé.

Les arbitres forcés, investis d'une juridiction limitée à un certain ordre de causes, ne peuvent connaître des incidents qui soulèvent une question préjudicielle relative à la qualité des personnes. Il faut assimiler à cet égard leur

juridiction à celle des tribunaux de commerce. Art. 1015.
Il a même été jugé que la contestation qui s'élève sur la qualité d'associé, ayant un caractère préjudiciel, n'est pas de la compétence des arbitres forcés (1). Nous avons vu cependant que les tribunaux de commerce peuvent statuer sur la qualité de commerçant déclinée par le défendeur (2); il semblerait qu'il y a parité de raison pour attribuer aux arbitres forcés la connaissance d'une contestation sur la qualité qui détermine leur compétence. Mais, en comparant les deux hypothèses, on s'aperçoit qu'elles ne sont pas identiques En effet la qualité de commerçant n'établit aucun rapport de droit; elle influe seulement sur la nature des rapports qui existeraient entre les parties à raison d'un engagement soumis au tribunal de commerce, tandis que la qualité d'associé suppose un contrat qui l'établit. C'est donc une question préjudicielle qu'il s'agit de résoudre, parce que la qualité d'associé, comme celle d'héritier ou de femme commune, est une qualité *juridique*, suivant l'expression que j'ai déjà employée pour définir les qualités dont l'effet est de produire des rapports de droit entre les

(1) Arrêt de la cour de cassation du 17 avril 1834.
(2) V. *suprà*, p. 293.

ART. 1015. personnes (1). Or la loi n'attribue pas aux arbitres forcés le droit de constater l'existence de ces rapports, lorsqu'ils sont méconnus par les parties. Ils ne peuvent statuer que sur les contestations sociales, ce qui suppose les rapports entre associés reconnus ou judiciairement constatés (2).

A quelles hypothèses s'appliquera donc la règle que j'ai posée en disant que les arbitres forcés statuent sur leur propre compétence? Elle s'appliquera lorsque, l'existence de la société n'étant pas contestée, il s'agira de décider si la partie a contracté en qualité d'associé ou dans son intérêt particulier, si telle obligation est une obligation sociale ou personnelle Dans toutes ces hypothèses, les arbitres statueront sur leur propre compétence, retiendront la cause ou la renverront devant qui de droit, suivant l'appréciation qu'ils auront faite de la nature spéciale de la contestation.

J'examine le pouvoir des arbitres relativement aux incidents proprement dits.

(1) V. *suprà*, p. 292.

(2) C'est au tribunal de commerce qu'il appartient de statuer sur l'existence de la société, parce qu'il s'agit d'une convention dont la nature serait commerciale.

On sait que devant les tribunaux ordinaires les demandes additionnelles sont recevables, lorsqu'elles se rattachent à la demande principale par le lien d'une commune origine ; il est inutile de revenir sur les exemples que j'ai proposés dans mes explications sur le titre des Incidents (1). Mais, à mon avis, on doit se montrer plus rigoureux en matière d'arbitrage, surtout lorsqu'il s'agit d'arbitrage volontaire. Devant les tribunaux, c'est au demandeur qu'il appartient de poser les termes des prétentions qu'il soumet aux juges ; les conclusions de l'ajournement sont l'œuvre de sa volonté ; rien ne limite l'extension qu'il leur donne, si ce n'est la nature de la juridiction devant laquelle sa demande est portée. On conçoit donc qu'il puisse étendre ses premières conclusions, lorsque d'ailleurs ses prétentions nouvelles se rattachent à l'objet de sa demande originaire. ART. 1015.

Mais, devant les arbitres volontaires, ce n'est pas la volonté exclusive de l'une ou de l'autre des parties qui fixe l'objet du litige, il faut le concours de leur volonté. L'une des parties ne peut invoquer ici la faveur du principe qui permet de renfermer dans une instance unique des prétentions nées d'une même cause,

(1) V. tome 5, p. 19 et suiv.

ART. 1015. quoique successivement produites, parce que si les prétentions nouvelles étaient présentées séparément de celles qui ont fait l'objet spécial du compromis, elles devraient être soumises aux juges ordinaires et non pas aux arbitres; la règle qui permet de soumettre aux juges déjà saisis les demandes additionnelles qui rentrent dans leur compétence, ne peut donc s'appliquer ici, parce que l'adjonction des prétentions nouvelles substituerait à la juridiction ordinaire, au gré d'une seule des parties, la justice arbitrale pour un objet non prévu par le compromis.

J'admettrais cependant la recevabilité des conclusions additionnelles dans deux hypothèses différentes.

D'abord, lorsque la clause compromissoire est écrite dans une police d'assurances maritimes : dans ce cas, les parties soumises à l'arbitrage pour toutes les contestations à naître relatives au contrat dans lequel cette clause est insérée, ne peuvent se plaindre de ce que des demandes nouvelles sont formulées dans le cours de l'arbitrage; car ces demandes, considérées isolément, rentrent dans les prévisions de la clause compromissoire, et devraient être soumises à la juridiction des arbitres. — Il y a

même raison d'appliquer cette solution au cas Art.
où le compromis donnerait aux arbitres le pou- 1015.
voir de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution de tel contrat, à la liquidation de telle succession (1); on conçoit qu'alors les parties peuvent agrandir ou restreindre leurs conclusions primitives en se renfermant dans les prévisions du compromis. — En généralisant la règle, on peut dire que les prétentions pourront être augmentées toutes les fois qu'elles ne seront pas précisées dans le compromis lui-même, mais que le compromis contiendra seulement le germe des conclusions que les parties prendront ultérieurement devant les arbitres.

Enfin, j'admettrais une seconde exception en faveur des conclusions additionnelles qui ont uniquement pour objet une modalité de la condamnation sollicitée : ainsi, bien que le compromis soit muet à cet égard, la partie pourra demander par des conclusions additionnelles l'exécution provisoire de la sentence arbitrale qu'elle aurait omis de demander dans son exploit de citation devant les arbitres ou dans les conclusions formulées d'abord devant eux.

(1) V. *suprà*, p. 525.

Art. 1015. Les explications que j'ai données indiquent suffisamment pourquoi le droit de former des demandes additionnelles n'a, devant les arbitres forcés, d'autres limites que celles qui restreignent à cet égard le droit des parties devant les tribunaux ordinaires. Les demandes incidentes, relatives aux opérations de la société commerciale, seraient soumises à l'arbitrage forcé, si elles étaient isolément formées; elles peuvent donc être jointes à la demande principale lorsqu'elles ont une cause ou une origine communes.

On trouve dans le droit canonique une décision qui refuse aux parties le droit de former devant les arbitres des demandes reconventionnelles : *Nos igitur respondemus quod licet in judicio convenientem reconvenire valeat is qui coram judice convenitur, coram arbitris tamen reconvenire non potest, cum arbitri judicare non valeant, nisi de his tantum, super quibus in eos extiterit compromissum* (1). Mais il ne faut pas admettre trop légèrement cette prohibition absolue sur la foi du texte des décrétales, car on doit se rappeler que, d'après le droit canonique, la reconvention était admise

(1) *X. Decret. Gregor.*, lib. 1, tit. 43, cap. 6.

devant les juges ecclésiastiques, *ex quacumque* Art.
causa, alors même qu'elle ne constituait pas 1015.
une défense contre la demande originaire (1).
Il n'est donc pas étonnant que la reconvention fût rejetée des instances arbitrales, comme étant en dehors des choses sur lesquelles on avait entendu compromettre. A plus forte raison devait-elle être repoussée par l'application des principes de la jurisprudence séculière, qui n'admettait à l'origine, même devant les tribunaux ordinaires, ni reconvention, ni compensation (2). — Je ne crois pas que l'on doive aujourd'hui poser à cet égard des principes absolus.

Devant les arbitres volontaires, les termes du compromis auront sur cette question une fort grande influence. Ainsi, lorsque l'objet du compromis ne sera déterminé que par l'indication du contrat ou de l'opération à propos de laquelle s'élèvent des difficultés déjà nées, mais que l'on ne précise pas, une partie pourra toujours opposer aux prétentions de l'autre une

(1) V. tome 5, p. 53.

(2) V. tome 5, p. 54. — Aussi Bouteiller disait-il : « *Item* dois sçavoir que en cause compromise recompensation ne se peut, ne doit assoir, si n'est que expressément en soit compromis. » Somme rural, liv. 2, tit. 3.

Art. 1015. *contre-prétention* ayant la même origine. On ne peut appliquer dans ce cas les principes que j'ai posés sur les conditions légales de la reconvention devant les tribunaux ordinaires (1); une demande reconventionnelle ayant une cause distincte de l'objet du compromis, excèderait les pouvoirs des arbitres.

Lorsque les prétentions des parties sont fixées par le compromis, lorsque, par exemple, les arbitres sont chargés uniquement de décider si telles obligations, résultant d'un bail, ont été remplies par le fermier, celui-ci pourra bien opposer, comme moyen de défense, que le bailleur n'a pas exécuté les siennes; mais il ne pourrait pas conclure à des dommages-intérêts pour cette inexécution de la part du bailleur; de sorte que la contre-prétention du défendeur, qui, devant les tribunaux civils, pourrait se formuler en demande reconventionnelle, se réduira devant les arbitres aux proportions restreintes d'une simple défense.

Quant à la compensation, elle pourra tou-

(1) J'ai essayé de démontrer que la reconvention était recevable toutes les fois qu'elle constituait une défense contre l'action principale, alors même qu'elle aurait une origine différente. V. tome 5, p. 71.

jours être opposée, quels que soient les termes Art.
du compromis; elle n'est qu'un moyen de 1015.
neutraliser les prétentions de l'adversaire, et par conséquent une défense que les arbitres ont toujours le droit d'apprécier, alors même que la créance opposée en compensation aurait une cause différente des causes de la créance qui fait l'objet spécial du compromis (1).

Mais devant les arbitres forcés toute demande reconventionnelle doit être admise, pourvu qu'elle rentre dans la compétence que la loi leur attribue, c'est-à-dire lorsqu'elle aura pour cause une obligation entre associés. Les motifs que j'ai donnés pour permettre de former devant eux des demandes additionnelles s'appliquent à la reconvention, puisque les arbitres forcés seraient compétents pour statuer sur les conclusions reconventionnelles dans les conditions que je viens d'indiquer, si au lieu d'être présentées sous la forme incidente elles étaient produites par voie d'action principale.

On ne peut admettre devant les arbitres ni intervention de la part des tiers ni intervention forcée. Les arbitres, même en matière de société

(1) V. tome 5, p. 96.

Art. 1015. commerciale, n'ont le caractère de juges que relativement à ceux qui les ont choisis ou pour lesquels ils ont été désignés. Leurs pouvoirs sont essentiellement relatifs, car ils résultent d'un contrat ou d'une décision judiciaire qui n'ont d'effet qu'entre les parties.

Cependant il faudrait admettre, devant les arbitres volontaires ou forcés, l'intervention *conservatoire* des ayants cause. Elle ne tend pas à créer des rapports nouveaux, mais à protéger des intérêts engagés par le compromis. On verra plus tard que ce droit d'intervenir attaché à la qualité d'ayant cause est d'ailleurs bien plus restreint que devant les tribunaux réguliers, parce que telle personne qui serait présumée représentée par la partie qui plaide devant la justice réglée, ne sera plus qu'un tiers lorsque le procès est soumis à la justice arbitrale. C'est principalement à la qualité de créancier qu'est attaché le droit d'intervenir conservatoirement devant les arbitres (1). Si la contestation soumise à l'arbitrage a pour objet un partage à faire entre les parties, les créanciers, outre le droit d'intervenir, peuvent aussi former opposition à ce qu'il soit procédé hors de leur présence, et réclamer un partage

(1) V. *infrà*, mes explications sur l'article 1022.

judiciaire devant les tribunaux compétents (1). Art.
Du reste, si la qualité sur laquelle est fondé 1015.
le droit d'intervenir était contestée par la partie, il est évident que les arbitres ne pourraient statuer sur la recevabilité de l'intervention, et que la question de qualité devrait être soumise à la juridiction régulière, sans que la nécessité de faire vider cette contestation accessoire imposât aux arbitres aucun sursis.

Les règles que je viens de poser, en ce qui concerne les incidents proprement dits, fléchissent devant la volonté contraire exprimée par les intéressés. Les pouvoirs limités par le compromis peuvent recevoir une extension nouvelle par l'accord des parties, pour soumettre aux arbitres des prétentions dont ils n'auraient pas dû connaître d'après les termes du compromis. L'intervention du tiers peut être acceptée par toutes les parties en instance devant les arbitres. Le compromis est l'œuvre de leur volonté, il peut donc recevoir des modifications par l'effet de leur volonté commune. Mais, à ces modifications, l'adhésion des arbitres est nécessaire, parce qu'elles leur im-

(1) Code civil, art. 882.

ART. 1019. posent, en étendant leurs pouvoirs, des obligations qu'ils sont libres de repousser.

Nous touchons au moment où les arbitres vont prononcer leur sentence définitive L'instruction est terminée; les arbitres délibèrent : quelle règle doivent-ils suivre dans l'appréciation des droits et des prétentions des parties? Cicéron disait, en parlant des arbitres délégués par le magistrat pour statuer sur les actions *bonæ fidei : Quis unquam ad arbitrum quantum petiit tantum abstulit? nemo* (1). Les arbitres de nos jours ont conservé ce bienveillant éclectisme, qui les porte à concilier des intérêts opposés, en ne condamnant l'un des plaideurs que pour une partie de la demande, en ne donnant à l'autre qu'une victoire partielle : satisfaction incomplète qui souvent n'a d'autre résultat que de faire naître d'une double défaite un double ressentiment.

Il en résulte encore quelque chose de plus grave, c'est une violation de la loi. Les arbitres doivent juger d'après les règles du droit, qui sont pour eux comme pour les magistrats

(1) *Pro Roscio comœdo*, n° 6. — Il résulte de là que la plus-pétition n'était pas, dans les actions de bonne foi, une cause de déchéance pour le demandeur.

la sauvegarde de leur conscience et la mesure ART.
des obligations des parties. En éludant l'appli- 1019.
cation des lois, le juge commet une grande injustice, car c'est en vue des lois existantes et sous la foi de leur autorité que les conventions s'accomplissent, et la partie ne doit veiller à la conservation de ses droits que suivant les règles que la loi lui trace et dans la limite qu'elles indiquent. En se soumettant à l'arbitrage, les parties ne renoncent pas au droit commun; elles veulent un jugement et non pas une transaction.

Les arbitres appliqueront à chaque contestation les lois spéciales qui la régissent : aux matières civiles les lois civiles, aux matières commerciales les lois commerciales. Ils n'admettront les modes de preuve, notamment la preuve testimoniale, que suivant les règles qui seraient imposées devant les juges réguliers (1). En abandonnant les tribunaux pour recourir à l'arbitrage, les parties veulent d'autres juges, mais non pas une autre justice.

C'est par application du même principe que les règles sur l'exécution provisoire des juge-

(1) Il ne s'agit pas ici des règles de procédure, sur lesquelles je me suis précédemment expliqué, mais de l'admissibilité de la preuve.

Art. 1019. ments des tribunaux seront applicables aux jugements des arbitres. En matière civile, elle ne sera prononcée que dans les cas prévus par l'article 135 du code de procédure; en matière commerciale elle sera de droit.

Les arbitres auront aussi le droit de prononcer la contrainte par corps dans les cas prévus par les lois civiles et commerciales. C'est un jugement qu'ils prononcent, et dès lors on se trouve dans l'application de l'article 2069 du code civil (1).

Enfin ils devront se conformer aux dispositions de la loi relatives à la condamnation aux dépens (2). Ils pourront même les liquider dans leur sentence, et cette opération, comme tous les actes d'instruction, devra, sauf stipulation contraire dans le compromis, être l'œuvre commune des arbitres.

Au chiffre des dépens, les arbitres manquent rarement d'ajouter une somme qu'ils déterminent eux-mêmes, pour les honoraires qu'ils réclament. On ne voit guère d'arbitres se montrer jaloux de mériter cet éloge que Pline adressait à l'empereur Trajan : *Nec aliud tibi*

(1) La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens. V. Dict. de Bioche, v° arbitrage, nos 239 et 751.

(2) Code de procéd., art. 130 et 131.

sententiæ tuæ pretium quàm benè judicasse (1). Art.
Leur prétention est d'ailleurs légitime; nos 1019.
plus illustres jurisconsultes ne croyaient pas manquer à l'honneur de leur profession, en recevant la modique rétribution due aux consciencieux travaux de l'arbitre (2). Je n'admettrais même pas une différence qui tend à s'établir entre l'arbitre volontaire et l'arbitre forcé (3). L'un et l'autre sont libres de refuser la mission qui leur est offerte; ils pourraient, comme condition de leur acceptation, stipuler des honoraires; l'usage les dispense d'exprimer à cet égard leur volonté. On objecte que les arbitres forcés exercent des fonctions publiques, que leur juridiction constitue un démembrement ou une annexe de la juridiction commerciale, et que leur justice doit dès lors être gratuite, comme celle des tribunaux réguliers.

(1) Panégyrique, n° 80.

(2) M. Dupin, dans son réquisitoire sur lequel fut prononcé l'arrêt du 15 mai 1838, cite une sentence arbitrale rendue le 7 octobre 1767 par M. Pascal, savant avocat du barreau d'Aix, et par l'illustre Portalis, en marge de laquelle chacun de ces jurisconsultes avait écrit : *Habui sept livres dix sols*. V. aussi Jousse, Administ. de la justice, tome 2, p. 710.

(3) Voyez le Dictionn. de Bioche, v° arbitrage, n°s 633 et 844.

Art. 1019. Je réponds que, si l'arbitrage est imposé en matière de société commerciale, c'est parce qu'il a paru plus convenable de faire juger les contestations sociales par des juges du choix des parties. Cet avantage, il faut que les parties le payent, si les arbitres exigent une indemnité pour l'exécution de la mission par eux acceptée. Le choix émané des parties, ou du juge qui choisit pour elles, mêle aux pouvoirs publics des arbitres le caractère du mandat conventionnel, qui ne répugne nullement à la stipulation d'un salaire. — Mais les arbitres volontaires ou forcés n'obligent pas les parties en fixant le chiffre de leurs honoraires; non-seulement la sentence qui contiendrait cette fixation ne serait pas pour eux un titre exécutoire, mais elle n'aurait, en ce point, aucune autorité qui mît les parties dans l'obligation de se pourvoir à l'effet d'obtenir la réduction de la taxe. Les arbitres devront agir directement devant les tribunaux pour faire fixer leurs honoraires, en cas de refus des parties de se soumettre à leur fixation. La taxe qu'ils ont faite n'est qu'une prétention pour laquelle il faut obtenir la sanction des tribunaux; il en faut dire autant des avances qu'ils auraient faites pour les parties. Il n'appartient à per-

sonne de se constituer à soi-même un titre de créance. ART. 1019.

Les arbitres ne peuvent condamner à des amendes. L'amende est une peine que les arbitres forcés eux-mêmes ne pourraient prononcer sans excéder leur compétence. Quant aux dommages-intérêts, qui profitent à l'une des parties, rien ne s'oppose à ce que les arbitres les adjugent et les liquident.

Cette nécessité de se conformer aux règles du droit commun, soit dans l'appréciation des conclusions principales, soit dans les condamnations accessoires, peut disparaître par l'effet de la volonté des parties, lorsqu'elles confèrent aux arbitres une liberté complète et qu'elles déclarent les affranchir des entraves de la loi. Ce pouvoir, elles le donnent aux arbitres lorsqu'elles les autorisent à prononcer comme *amiables compositeurs*.

Les amiables compositeurs ont le pouvoir de prendre pour unique règle de leur décision les inspirations de l'équité, de relever les plaideurs des déchéances que la loi prononce, de se faire eux-mêmes législateurs pour attribuer à ceux qui plaident des droits que la loi générale refuse de consacrer. On peut définir le

Art. 1019. pouvoir de l'amiable compositeur par ces paroles de Sénèque : *Non sub formulâ, sed ex æquo et bono judicat. Et absolvere illi licet, et quanti vult taxare litem. Nihil ex his facit, tanquam justo minus fecerit, sed tanquam id quod constituit, justissimum sit* (1).

Les arbitres sont ainsi revêtus d'une puissance véritablement discrétionnaire. Il serait superflu d'en démontrer les dangers. Cependant, chose remarquable, cette clause se rencontre dans le plus grand nombre de compromis, et bien qu'elle figure comme exception dans le texte du code de procédure, elle est pour ainsi dire la règle générale dans la pratique. C'est la preuve que l'arbitrage n'est pas considéré par ceux qui veulent y recourir comme une justice qui puisse remplacer avec avantage la juridiction régulière, et que c'est moins pour arriver à la consécration d'un droit que les parties réclament l'intervention des arbitres, que pour acheter par des sacrifices le repos que troublent toujours les anxiétés d'un procès. Les législateurs de Genève ont voulu que les arbitres, *à moins d'une stipulation contraire*, fussent investis du droit de

(1) *De Clementiâ*, lib. 2, n° 7.

statuer comme amiables compositeurs : « L'arbitrage, disait le savant rapporteur du projet, était comme anéanti par ces deux dispositions (celles qui imposent aux arbitres les formes ordinaires et l'observation des règles de droit); mais ce qui le sauva, ce fut le pouvoir donné aux parties de déroger à la loi, de renoncer à tout ce système de rigueur; sans cette clause, il est douteux qu'un compromis eût jamais été contracté sous l'empire de ce code (1). » Avec ces pouvoirs conférés aux arbitres, l'arbitrage n'est plus, à proprement parler, une instance, mais une transaction dont les bases sont abandonnées à la discrétion d'autrui. ART. 1019.

Les amiables compositeurs étaient connus dans notre ancienne jurisprudence; on leur donnait aussi la dénomination d'*arbitrateurs* : « Arbitrateur si est celuy qui de la cause est chargé à sa conscience, ordre de droict gardé ou non gardé, et peut les parties appoincter selon que bon luy semble (2). » Cependant la

(1) M. Bellot, Exposé des motifs du titre 24 de la loi sur la procédure du canton de Genève.

(2) Bouteiller, Somme rural, livre 2, tit. 3. — Le mot d'arbitrateur était emprunté à la loi romaine. Il s'entendait d'une personne désignée par le magistrat pour estimer la valeur des objets litigieux. V. l. 76 et suiv., ff. *pro socio*.

Art. 1019. différence entre les amiables compositeurs et les arbitres proprement dits était moins tranchée qu'elle ne l'est de nos jours. La différence ne consistait guère que dans l'exemption accordée aux premiers de suivre *les formalités de la procédure;* quant à l'appréciation du droit, leurs pouvoirs étaient à peu près les mêmes, c'est-à-dire que, s'ils pouvaient tempérer par l'équité les rigueurs de la loi écrite, ils n'étaient pas libres cependant de contrevenir d'une manière directe aux règles du droit (1). On en saisira facilement le motif, si l'on veut se rappeler que la sentence des arbitres était toujours susceptible d'appel; il n'y avait pas d'exception à cet égard, en faveur des sentences rendues par les amiables compositeurs (2).

Quelques auteurs modernes font une distinction inverse, et veulent que l'amiable compositeur, dispensé de se conformer aux règles du droit en ce qui concerne le fond de la décision à rendre, soit tenu, comme l'arbitre proprement dit, de suivre les formes ordinaires de la

(1) V. Jousse, Traité de l'admin. de la justice, tome 2, p. 683, et Prost de Royer, v° arbitres, n° 53.

(2) J'examinerai, dans le chapitre qui suit, si le pouvoir donné aux arbitres de juger comme amiables compositeurs emporte renonciation au droit d'appel.

procédure dans l'instruction du procès, à moins ART.
d'une dispense expresse : « De ce que les amia- 1019.
bles compositeurs sont autorisés à prendre pour base de leur décision les règles de l'équité, au lieu de celles du droit, il ne s'ensuit nullement, dit M. de Vatimesnil en reproduisant l'opinion de M. Carré, qu'ils puissent mettre à l'écart les règles de la procédure. Il est même possible que les parties aient pensé que plus le pouvoir qu'elles accordaient aux arbitres était étendu quant au fond, plus il était nécessaire qu'ils s'astreignissent à suivre les formes, qui sont toujours censées avoir pour but de garantir les droits de la défense, et de mettre le juge en demeure de prononcer en parfaite connaissance de cause (1). » Il y a quelque chose de spécieux dans ce raisonnement; il est facile toutefois de le réfuter, en faisant observer que la partie qui s'abandonne à l'équité de l'arbitre doit peu se préoccuper des moyens que celui-ci doit employer pour se former une conviction. Je ne comprends pas ces entraves de la forme, lorsque le juge est dégagé des liens du droit, et cette nécessité de donner à l'instruction les apparences trompeuses d'une instance, lorsqu'en

(1) Encyclopédie de MM. Sebire et Carteret, v° arbitrage, n° 225.

ART. 1019. réalité il y a plutôt un conciliateur qu'un juge, une sorte d'accomodement entre des intérêts opposés plutôt qu'une décision judiciaire. Cette opinion, que le droit de juger comme amiable compositeur emporte dispense d'observer les formalités de procédure, peut s'étayer d'ailleurs sur ces paroles du tribun Mallarmé au Corps législatif : « Des auteurs avaient distingué entre les arbitres et les amiables compositeurs, voulant que les premiers *fussent tenus de garder, dans leur instruction et jugement, les formalités de justice*, mais que les derniers pussent accommoder les parties *sans aucune formalité*, et suivre dans leurs décisions l'équité plutôt que les règles de droit. *Cette distinction est admise par le projet qui nous occupe.* »

Le pouvoir de statuer comme amiables compositeurs résulterait, pour les arbitres, de ce qu'ils seraient autorisés à juger d'après la seule équité, ou de la déclaration faite par les parties dans le compromis qu'elles acceptent la décision à rendre comme transaction sur procès. Mais la simple renonciation aux voies de recours contre la sentence ne suffirait pas pour donner aux arbitres ce pouvoir exceptionnel.

J'ai maintenant à m'expliquer sur une grave

question que la jurisprudence n'a pas encore définitivement résolue. Il s'agit d'examiner quels sont les effets que produit ce pouvoir de statuer comme amiables compositeurs, conféré aux arbitres dans une contestation qui, par sa nature, comporte l'arbitrage forcé.

ART. 1019.

Que les parties puissent, à propos d'une contestation sociale, conférer aux arbitres le pouvoir de juger comme amiables compositeurs, c'est un point qui n'est pas douteux. Mais alors la juridiction ne se trouve-t-elle pas transformée? Les arbitres ont-ils encore un caractère public? et la volonté des parties, qui n'intervient pas seulement dans le choix des arbitres, mais encore pour régler la nature de leurs pouvoirs, n'établit-elle pas un arbitrage volontaire?

L'arbitrage, objectera-t-on, est toujours forcé, car c'est la loi qui l'impose. Il faut s'entendre. Sans doute, si l'on considère d'une manière abstraite quelle est la juridiction que comporte la matière du procès, on reconnaîtra que c'est la juridiction des arbitres forcés qui doit s'exercer lorsque les parties veulent introduire une instance régulière pour la consécration de leurs droits. La justice des arbitres s'applique à la contestation, comme la justice

ART. 1019. des tribunaux de commerce aux affaires commerciales, comme celle des tribunaux civils aux procès ordinaires. C'est la juridiction de droit, dérivant de la loi, à laquelle les parties ne peuvent substituer, par l'effet de leur volonté, une autre juridiction légale.

Mais les parties pourraient transiger, et par là s'établir elles-mêmes juges de leurs propres intérêts; elles peuvent recourir à des arbitres, juges privés qui n'ont d'autre délégation que celle qui résulte de la convention, pour le choix desquels les parties n'ont d'autre règle à suivre que celle de leur bon plaisir. S'il existe entre les arbitres de droit et les arbitres volontaires, une différence fondamentale relativement aux conditions de capacité, ne sera-t-il pas facile de reconnaître que les parties ont préféré l'arbitrage volontaire à l'arbitrage de droit, lorsque les arbitres choisis par elles ne réuniront pas les conditions de capacité exigées pour que les arbitres puissent agir dans un caractère public? Faudra-t-il alors déclarer nul un arbitrage que les parties auraient pu valablement constituer, si l'affaire, au lieu d'appartenir de droit aux arbitres forcés, eût rentré dans la compétence du tribunal civil ou du tribunal de commerce? Evidemment l'ar-

bitrage volontaire aura, dans ce cas, pris la ART.
place de l'arbitrage forcé (1). 1019.

Cette conséquence est également vraie lorsque les parties, en choisissant des arbitres qui réunissent les conditions de capacité nécessaires pour qu'ils puissent agir dans un caractère public, leur confèrent en même temps des pouvoirs incompatibles avec ce caractère. La cour de cassation a jugé que les parties ne pouvaient pas investir les juges ordinaires, pris comme tribunal, du droit de statuer sans observer les règles de droit (2). Comment en effet admettre que, chargé par l'autorité souveraine de maintenir l'observation des lois, le magistrat, homme public, exerce encore sa mission publique lorsqu'il accepte le pouvoir d'y contrevenir ? Or, l'arbitre forcé, comme le magistrat, est investi d'un caractère public ; s'il accepte la mission de l'amiable compositeur, il abdique son caractère ; ce n'est plus qu'un juge privé, c'est un arbitre volontaire (3).

On verra bientôt que cette solution présente une assez grande importance au point de vue

(1) V. *suprà*, p. 508.

(2) V. *suprà*, p. 450.

(3) V. sur cette question les arrêts cités dans le Dict. de Bioche, vº arbitrage, nº 804.

Art. 1019. de la compétence du magistrat chargé de rendre exécutoire la sentence arbitrale, et relativement aux voies de recours permises contre la sentence.

Cependant il ne faudrait pas conclure de cette solution, que la clause d'un acte de société, par laquelle les contractants se seraient engagés à soumettre les contestations sociales à des arbitres amiables compositeurs, dût être déclarée nulle, faute par les parties d'avoir désigné les arbitres ou l'objet du litige. Bien que cette stipulation ne soit en réalité qu'une clause compromissoire, elle n'en est pas moins valable, parce que, l'arbitrage étant de droit en matière de société, les parties ne peuvent être présumées avoir accepté la juridiction des arbitres, en considération de la personne de ceux-ci. Elles ont modifié la nature de l'arbitrage, mais elles n'en ont pas créé le principe.—Seulement, les pouvoirs des arbitres n'étant plus fixés par la loi, mais par la volonté des parties, c'est au tribunal civil que les parties devraient s'adresser pour faire nommer les arbitres, dans le cas où quelques-unes d'elles refuseraient de les désigner.—Si les parties, en investissant les arbitres du pouvoir de juger comme amiables compositeurs, les

avaient en même temps nominativement dési- Art.
gnés, ce pouvoir ne serait censé conféré qu'en 1019.
considération des arbitres désignés; de sorte que, si le compromis expirait sans qu'ils eussent prononcé leur sentence, les parties retomberaient naturellement sous l'empire de la juridiction des arbitres forcés, à moins qu'elles ne fissent une convention nouvelle pour se soumettre encore à l'équité des amiables compositeurs.

On a vu les principes qui déterminent la 1020.
mesure du pouvoir des arbitres dans l'appréciation des droits des parties et dans la formation du jugement. Il me reste à parler des formalités extrinsèques de la sentence.

Comme toute décision judiciaire, le jugement arbitral, formé par la majorité des voix de ceux qui y concourent, est l'œuvre commune des arbitres. Il ne suffirait même pas, pour la validité de la sentence, que tous les arbitres eussent délibéré, il faut que l'acte soit signé par tous, ou que du moins la majorité des arbitres constate le refus de la minorité de prendre part à la *rédaction* du jugement.

De là ces conséquences : — le refus de délibérer de la part d'un arbitre étant un véri-

Art. 1020. table déport, les arbitres restants ne pourraient plus juger, à moins qu'ils ne fussent autorisés à continuer seuls leurs opérations (1); tandis que le refus de prendre part à la rédaction n'empêche pas la majorité des arbitres de procéder à cette opération matérielle, en constatant à la fois et la part qu'ont prise tous les arbitres à la délibération, et le refus de la minorité de signer l'acte qui constate la délibération commune; — si l'acte était signé par la majorité des arbitres, en l'absence de quelques-uns, mais sans constater le refus de ceux-ci, la sentence serait nulle, encore que la majorité des arbitres eût mentionné que la délibération a eu lieu en commun; — enfin la sentence signée par la minorité des arbitres serait nulle, quoique les signataires eussent constaté la délibération commune et le refus de la majorité de signer la sentence arbitrale.

Pour remplir ces formalités, il faut que les arbitres sachent signer. Cependant on a jugé que l'arbitre qui ne sait pas signer n'est pas incapable d'une manière absolue, et qu'il suffit, pour la validité de la sentence, que la majorité

(1) L. 17, § 7, ff. *de receptis.*

des arbitres l'ait signée (1); dans ce cas on mentionnera la cause pour laquelle la sentence n'est pas signée de tous. A plus forte raison doit-on décider ainsi lorsque le défaut de signature provient d'une cause accidentelle constatée dans la sentence (2). Lorsqu'il s'agit d'un procès-verbal d'expertise, on suit des règles plus sévères : si les experts ne savent pas *tous* écrire et signer, la rédaction doit être faite et signée par le greffier de la justice de paix du lieu où ils ont procédé (3). La loi n'a pas reproduit cette disposition à propos de la rédaction de la sentence arbitrale. Peut-être cette différence s'explique-t-elle si l'on remarque qu'en matière d'expertise les avis différents doivent être indiqués et motivés, et qu'il serait dangereux de laisser à quelques-uns des experts le soin d'énoncer les motifs d'une opinion contraire à leur opinion personnelle : la sentence arbitrale est au contraire l'expression d'une opinion unique, celle de la majorité ; il suffit donc qu'elle soit constatée par la signature de la majorité des arbitres. Enfin je n'admettrais pas non plus l'intervention d'un

ART. 1016.

(1) Arrêt de Grenoble du 21 mai 1832.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1832.

(3) Code de procédure, art. 317.

Art. 1016. officier public ou d'un simple particulier dans la rédaction de la sentence : il faut qu'elle soit écrite par l'un des arbitres. Dans l'ancienne jurisprudence, la rédaction pouvait être confiée à des officiers revêtus de cette mission spéciale : c'étaient les greffiers des arbitrages ; aujourd'hui tout doit être accompli par les arbitres eux-mêmes. La rédaction remplace, pour les sentences arbitrales, la *prononciation* qui constitue le jugement rendu par les juges réguliers : elle rentre exclusivement dans les attributions de l'arbitre, comme la prononciation dans les attributions du juge.

Autrefois la prononciation de la sentence, en présence des parties, était une formalité nécessaire. Le droit romain l'exigeait à peine de nullité, à moins que l'arbitre n'eût reçu, par le compromis, le pouvoir de prononcer la sentence en l'absence des parties ou de l'une d'elles (1). A défaut de cette clause, les arbitres devaient assigner un jour aux parties pour assister à la prononciation. Si l'une d'elles ne comparaissait au jour et au lieu indiqués, la sentence ne pouvait être prononcée, mais la peine était encourue, à moins cependant que la partie n'invoquât une cause légitime d'empê-

(1) L. 27, § 4, l. 44, ff. *de receptis*.

chement (1). Il fallait, en outre, que les parties présentes eussent une capacité qui leur permît de comprendre les dispositions de la sentence. Elle ne pouvait être prononcée devant un furieux, ni devant un pupille, à moins que le tuteur de celui-ci ne fût présent lui-même; et ce n'eût pas été prononcer valablement la sentence que d'en proclamer les dispositions en présence d'un plaideur endormi (2). — Ces principes avaient passé dans notre ancienne jurisprudence. Deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 18 juin 1698, l'autre du 20 février 1713, jugèrent que c'était la prononciation en présence des parties qui fixait la date de la sentence, et non l'époque de la rédaction. Le code de procédure ni le code de commerce n'exigent la prononciation (3). Cette formalité n'a d'importance dans les juridictions régulières que parce que la publicité de l'au- ART. 1016.

(1) L. 21, § 9, ff. *de receptis*. Encore fallait-il, pour échapper à la peine, que la partie qui avait une cause légitime d'empêchement fût prête à se soumettre de nouveau à la décision du même arbitre.

(2) L. 27, § 5; l. 47 et suiv., *de receptis*.

(3) La loi parle, dans les articles 1017, 1018 et 1019, du pouvoir de *prononcer* donné aux arbitres ou au tiers. Ces mots doivent s'entendre non de la formalité de la prononciation, mais du pouvoir de juger.

Art. dience soumet les décisions du juge au contrôle
1016. sévère de l'opinion.

C'est aussi parce que la sentence arbitrale n'est pas soumise à la formalité d'une prononciation publique, que je la considérerais comme valable, quoique datée d'un jour férié. La solennité d'une audience serait incompatible avec l'observation des prescriptions légales; il n'en est pas de même de la rédaction à huis-clos de la sentence des arbitres.

La rédaction du jugement arbitral doit contenir les indications prescrites par l'art. 141 du code de procédure, les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposé sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif de la décision rendue. On devrait être moins sévère quant à l'omission de certaines de ces énonciations, par exemple des points de fait et de droit, ou des motifs de la sentence, si les arbitres étaient dispensés des formes ordinaires, ou bien avaient reçu le pouvoir de juger comme amiables compositeurs. Le jugement doit, dans tous les cas, être daté, afin qu'il soit possible de s'assurer qu'il a été rendu pendant la durée du compromis.

La sentence définitive étant rendue, le pou-

voir des arbitres expire, alors même que les délais du compromis dureraient encore. Cependant les arbitres pourraient prononcer sur un des chefs du compromis par un jugement distinct, et conserver encore, tant que les délais subsistent, le droit de prononcer sur les autres chefs. Mais si le compromis leur imposait l'obligation de statuer par un seul jugement sur tous les chefs de contestation, toute décision partielle serait nulle (1). ART. 1016.

Je crois aussi que, même après le jugement définitif, les arbitres conserveraient, pendant les délais du compromis, le pouvoir de compléter leur sentence, en liquidant après coup des dommages-intérêts dont elle ne contiendrait pas la liquidation, en recevant un serment, en taxant des dépens (2); après l'expiration des délais, c'est aux tribunaux qu'il faudra s'a-

(1) L. 25, ff. *de receptis*.

(2) Mais je ne croirais pas que les arbitres pussent, sans un pouvoir exprès, recevoir la caution qu'ils auraient, par leur jugement, ordonné de fournir. La contestation qui peut s'élever sur la recevabilité de la caution se rattache d'une manière trop éloignée et trop indirecte à la contestation qui fait l'objet du compromis. V. Jousse, Traité de l'administ. de la justice, t. 2, p. 702.

ART. 1016. dresser pour l'exécution de ces mesures complémentaires.

Enfin les arbitres auraient encore, pendant les délais du compromis, le pouvoir d'interpréter leur sentence. « Et s'il a aucune coze en lor dit qui face à esclarcir, si come il avient que une parole a deus entendemens, bien doit estre demandée l'entention des arbitres par lor sermens (1). » Quelques auteurs soutenaient autrefois que l'on pouvait s'adresser aux arbitres pour l'interprétation de leur sentence, même après l'expiration du temps porté par le compromis (2). — Mais le contraire fut jugé par arrêt du parlement de Grenoble du 27 mars 1631 (3). — On ne pourrait même pas, dans ce cas, se pourvoir par voie directe d'interprétation devant les tribunaux. Il en est d'un jugement rendu par un juge autre que celui à qui l'interprétation est demandée, comme d'une convention qui ne peut être soumise à l'interprétation des juges que dans le cas où l'ambiguïté des termes soulève une difficulté d'*exé-*

(1) Beaumanoir, chap. 41, n° 19.

(2) Jousse, Traité de l'administration, tome 2, p. 702.

(3) Basset, en ses Arrêts, tome 1, livre 2, titre 22, chap. 7.

cution. Les parties devront donc tenter l'exécution à leurs risques et périls, sauf, en cas de contestation *sur les actes de poursuite*, à se pourvoir devant le tribunal auquel appartient l'exécution de la sentence arbitrale, et qui recherchera le sens de la décision rendue pour appliquer son interprétation à une difficulté déjà née (1). Art. 1016.

J'aurais maintenant à dire comment la sentence arbitrale, rendue conformément aux règles qui précèdent, peut devenir, entre les mains de la partie, un titre exécutoire. Mais certaines complications peuvent se présenter lorsque les arbitres délibèrent et qu'il s'agit de formuler leur avis. Il faut prévoir ces difficultés et les résoudre.

On sait que l'instruction à laquelle les arbitres ont procédé, pendant le cours de l'instance, peut rester inutile et ne produire aucun 1017.

(1) Dans une affaire sur laquelle on me demandait une consultation, j'ai vu l'exemple d'une demande en interprétation de sentence arbitrale portée avant tous actes d'exécution, et par voie directe, devant le tribunal de première instance de la Châtre, puis en appel devant la cour de Bourges. La question que j'examine ne fut présentée ni devant le tribunal ni devant la cour.

Art. 1017. résultat, lorsque, au moment de rendre la sentence, ils se trouvent partagés d'opinion. Cette hypothèse, assez rare devant les tribunaux, se présente trop fréquemment en matière d'arbitrage pour qu'on n'y reconnaisse pas la trace d'un préjugé difficile à vaincre. L'arbitre ne peut guère se défendre d'une prévention favorable aux intérêts de la partie à laquelle il attribue sa nomination ; l'avocat général Talon signalait devant le parlement de Paris les conséquences fâcheuses qu'elle entraîne : « Cette complaisance, disait-il, que les arbitres ont pour ceux qui les ont nommés, ruine et empêche tout l'avantage qui devait revenir des arbitrages, et fait que souvent ils dégénèrent en chicane et en suites ; les arbitres ne devraient avoir en vue que la justice et la vérité ; ils devraient oublier ceux qui les ont choisis et se dépouiller de toute prévention (1). »

Le partage cependant ne mettra pas fin au compromis, si les arbitres sont autorisés à faire choix d'un tiers arbitre. A Rome, une semblable clause, conférant aux arbitres le choix du tiers qui devait vider le partage,

(1) Ce réquisitoire fut prononcé lors d'un arrêt en date du 14 janvier 1681. V. Prost de Royer, v° arbitres, n° 52.

aurait entraîné la nullité du compromis, parce qu'il était incertain s'ils pourraient s'accorder sur le choix (1). Il fallait que les parties le désignassent elles-mêmes, ou bien qu'elles gardassent le silence à cet égard ; dans ce dernier cas, le préteur forçait les arbitres à choisir un tiers, ou l'indiquait lui-même en cas de désaccord, ce qu'il n'aurait pu faire, si, par une clause expresse, les arbitres avaient été chargés de procéder eux-mêmes à cette désignation (2). — Dans notre ancienne jurisprudence on suivait une autre règle ; et les arbitres, même dans le silence du compromis, avaient toujours le droit de désigner un tiers arbitre ; faute par eux de s'entendre, il était désigné par le magistrat (3). ART. 1017

C'est la règle que le code de commerce a consacrée en matière d'arbitrage forcé (4). Seulement il y a cette observation à faire, que c'est au tribunal de commerce, et non pas au président, qu'appartient, en cas de désaccord

(1) L. 17, § 5, ff. *de receptis*.

(2) L. 17, § 6, ff. *de receptis*. V. les notes de Pothier sur cette loi.

(3) Merlin, Répertoire, v° arbitrage, n° 28.

(4) Ordonnan. de 1673, tit. 4, art. 11, et code de commerce, art. 60.

Art. 1017. des arbitres, la désignation du départiteur, qui prend le nom de *surarbitre*.

Lorsqu'en matière d'assurances maritimes, les parties se sont soumises à l'arbitrage par une clause compromissoire, je crois que le partage ne mettrait pas fin à l'arbitrage, et qu'il y aurait lieu de désigner un tiers départiteur, quoique les parties ne se fussent pas expliquées à cet égard; la clause compromissoire conservant son efficacité même dans le cas d'inutilité d'un premier arbitrage, on doit supposer que les parties ont entendu conférer aux arbitres les pouvoirs nécessaires pour que l'instance arbitrale ne restât pas infructueuse, plutôt que de se soumettre aux chances d'un nouvel arbitrage. Le motif est le même que pour l'arbitrage forcé. Seulement le tiers arbitre sera désigné par le président du tribunal civil et non par le tribunal de commerce, si les arbitres ne s'accordent sur le choix.

Les parties pourraient d'ailleurs, en matière d'arbitrage volontaire ou forcé, désigner le tiers arbitre dans la prévision d'un partage. Mais le tiers désigné ne devrait prendre part aux opérations qu'après le partage déclaré. Son immixtion antérieure vicierait les opérations et la sentence.

Lorsqu'en matière d'arbitrage volontaire les arbitres sont autorisés à désigner un tiers, ils doivent en cas de partage rédiger leur avis distinct et motivé, soit dans le même procès-verbal, soit dans des procès-verbaux séparés; et, par la décision qui prononce le partage, ils doivent désigner le tiers qu'ils sont autorisés à nommer. S'ils ne peuvent tomber d'accord sur le choix, ils le déclarent sur le procès-verbal, et le tiers arbitre est alors nommé par le président du tribunal, qui, suivant les règles que j'expliquerai bientôt, est chargé d'ordonner l'exécution de la décision arbitrale. La nomination est faite par le président sur la requête présentée par la partie la plus diligente. Art. 1017.

La nomination du tiers arbitre entraîne la nécessité d'un délai dans lequel il soit tenu de remplir sa mission. La loi fixe elle-même le délai d'un mois, délai qui peut être prolongé, mais non restreint, par les arbitres ou le président du tribunal, lorsqu'ils procèdent à la nomination du tiers arbitre. 1018.

Les délais ne commencent à courir que du jour de l'acceptation du tiers arbitre. Cette différence entre le point de départ des délais du compromis et le point de départ des délais accordés au tiers arbitre, s'explique par cette

Art. 1018. observation : c'est que le compromis est fait par les parties, en considération des arbitres qu'il désigne, de sorte que le refus de ceux-ci rendrait le compromis inutile; tandis que le choix du tiers arbitre n'étant pas du fait des parties, il est permis, en cas de refus, d'en nommer un autre à sa place. Il ne pouvait donc y avoir de délai préfix, puisque la nomination n'est pas définitive et qu'une autre désignation peut avoir lieu.

Cependant il ne faut pas admettre comme principe absolu qu'une fois le partage constaté, il y ait, dans tous les cas, nécessité de remplacer le tiers arbitre primitivement désigné, lorsqu'il ne peut remplir sa mission. Je l'admets en cas de refus ou d'incapacité survenue avant son acceptation. Si l'on se trouvait encore dans les délais du compromis, le choix du remplaçant appartiendrait aux arbitres divisés (1); après ces délais expirés, au président du tribunal civil ou au tribunal de commerce, suivant qu'il s'agit d'arbitrage volontaire ou

(1) J'attribue ce droit aux arbitres, bien qu'ils aient terminé leur mission par la déclaration de partage, parce que la nomination du tiers arbitre est une de ces mesures complémentaires qui appartiennent aux arbitres, même après la sentence définitive. V. *suprà*, p. 629.

d'arbitrage forcé. Mais si le tiers, après avoir accepté, meurt, se déporte, est empêché, s'il laisse expirer les délais sans rendre sa décision, devra-t-il être remplacé? ART. 1018.

En matière d'arbitrage volontaire, je pencherais pour la négative. La loi fait courir les délais accordés au tiers arbitre à partir de son acceptation ; ce qui montre que la nomination devient alors définitive. Le retour au droit commun est toujours favorable ; le tiers arbitre ne pouvant remplir sa mission, les effets du compromis se trouvent épuisés, et la juridiction ordinaire reprendra son empire, sauf la volonté contraire exprimée par toutes les parties (1).

Je déciderais autrement s'il s'agissait d'un arbitrage forcé, ou même d'un arbitrage volontaire constitué en vertu d'une clause compromissoire, dans les cas où cette clause est valable. Si l'on ne remplaçait pas le surarbitre, il faudrait constituer alors un autre

(1) A plus forte raison faudra-t-il décider ainsi, lorsque dans le compromis, en matière d'arbitrage volontaire, les parties auront elles-mêmes désigné le tiers arbitre. Dans ce cas, le simple refus du tiers désigné mettra fin à l'arbitrage, après le partage déclaré, si l'on suppose que les arbitres ne sont pas autorisés à en désigner un autre.

Art. tribunal arbitral et se soumettre encore une
1018. fois aux éventualités d'un partage. Pour l'arbitrage forcé, il y a de plus une raison spéciale : ce n'est plus par l'effet de la volonté des parties, mais par la volonté de la loi que le surarbitre est nommé. On ne peut donc pas supposer, comme dans l'arbitrage volontaire, une intention restrictive dans l'autorisation conférée aux arbitres, un mandat limité dont les effets doivent cesser dès que le choix des arbitres ou du juge s'est arrêté sur la personne qui accepte la mission de vider le partage.

J'examine maintenant les règles qui déterminent la nature et l'étendue des pouvoirs du tiers arbitre.

La sentence du tiers arbitre, prononcée après l'expiration du délai fixé par l'acte de nomination ou par la loi, serait nulle. Le délai est fatal comme dans le compromis lui-même. Il faut le décider ainsi, alors même que la sentence rendue après les délais accordés au tiers arbitre interviendrait avant l'expiration des délais que le compromis accordait aux arbitres qui ont déclaré le partage. M. de Vatimesnil, qui soutient l'opinion contraire, se fonde sur ce que la disposition qui déclare

nulle la sentence rendue sur le compromis expiré, ne peut s'appliquer à cette hypothèse, puisque le pouvoir des arbitres nommés par le compromis pourrait s'exercer encore (1). Mais je n'admets pas cette base de son raisonnement. La déclaration du partage et la nomination d'un tiers arbitre ont épuisé les pouvoirs des arbitres nommés par le compromis, de la même manière que si les délais que le compromis leur accorde étaient expirés. S'ils n'avaient pas le droit de nommer un tiers arbitre, ils ne pourraient mettre à profit le temps qui reste à courir depuis la déclaration du partage, pour s'entendre sur les termes d'une décision qui les mettrait d'accord, et se ranger l'un ou l'autre à l'une des opinions exprimées. A la vérité, un rôle leur appartient encore, lorsqu'étant autorisés à nommer un tiers arbitre, ils ont fait cette nomination, ou lorsqu'elle a été faite par le président du tribunal; mais ce rôle, dont je vais bientôt parler, n'est plus celui du juge; aussi peuvent-ils le remplir même après les délais primitifs du compromis, et tant que durent les délais

ART. 1018.

(1) Encyclopédie de MM. Sebire et Carteret, v° arbitres, n° 219. V. aussi un arrêt de Rouen du 21 décembre 1808, Dalloz, Jurisp. gén., tome 1, p. 738.

Art. 1018. accordés au tiers arbitre. A ce dernier seul appartient désormais le droit de juger. Ce pouvoir ne résulte pas, pour lui, du compromis, mais de la nomination survenue au moment où le compromis a pris fin par le partage. Il ne faut donc pas se préoccuper du temps qui reste à courir des délais fixés par le compromis, mais uniquement des délais déterminés pour que le tiers arbitre prononce.

L'ancienne jurisprudence avait montré plus d'un exemple des abus qui pouvaient résulter de la continuation du pouvoir des arbitres divisés, et de leur coopération avec le tiers arbitre. Une affaire importante avait fait surtout grand scandale en l'année 1681. Deux arbitres s'étaient trouvés partagés. Le tiers arbitre, M. de l'Homeau, *avocat d'une probité singulière et d'une grande capacité* (1), avait émis une opinion qui faisait pencher la balance en faveur de l'une des parties. Cependant on proposa de se réunir de nouveau pour arrêter définitivement la sentence. Au jour indiqué, l'arbitre dont l'opinion se trouvait isolée refusa de se rendre à la réunion ; des somma-

(1) C'est le témoignage que lui rend l'avocat général Talon dans les conclusions qu'il donna sur cette affaire. V. p. 632 à la note.

tions qui lui furent signifiées restèrent inutiles. ART. 1018.
Dans la rigueur des principes suivis par l'ancienne jurisprudence, il fallait que la sentence fût rendue à la fois par les arbitres et par le tiers arbitre. Le parlement de Paris déclara cependant valable la sentence prononcée en l'absence de l'un des arbitres, *parce qu'il y avait eu de l'affectation dans son procédé*, par suite d'une connivence coupable avec certaines des parties.

D'après le code de procédure, le tiers arbitre juge seul. Les éléments de sa décision sont, avec les procès-verbaux où se trouvent énoncés les avis de chacun des arbitres divisés, les conférences qu'il doit avoir avec ceux-ci, lesquels sont sommés de se réunir à cet effet. Si les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononce sur le vu des actes de l'instruction et des procès-verbaux contenant l'avis des arbitres. S'il prononçait sans avoir conféré avec les arbitres partagés, ou sans les avoir sommés de se réunir, sa sentence serait nulle (1).

Les arbitres divisés n'ont donc pas à juger. Leur conférence avec le tiers arbitre a pour unique objet d'éclairer celui-ci sur les motifs de chaque opinion émise lors du partage, mais ils

(1) V. *infrà* mes explications sur l'article 1028.

Art. 1018. ne concourent pas au jugement (1). De là cette conséquence nécessaire, que l'opinion par eux émise ne peut être modifiée, et que le tiers arbitre est tenu de se ranger à l'un des avis exprimés dans les procès-verbaux.

Cependant la jurisprudence n'est pas d'accord sur ce point. On distingue — suivant que les arbitres divisés se sont réunis au tiers arbitre, et l'on veut qu'alors ils puissent modifier leur opinion première, — ou qu'ils ne se réunissent pas, et dans ce cas seulement il y aurait nécessité pour le tiers arbitre de se conformer à l'un des avis exprimés.

Je ne saurais admettre une telle distinction. A mon sens, elle répugne autant à l'esprit qu'à la lettre même de la loi.

Si les arbitres avaient encore une mission de juge à remplir, s'ils n'étaient pas liés par l'avis qu'ils ont exprimé, je ne comprendrais pas qu'il fût indifférent à la validité de la décision définitive que les arbitres se réunissent ou refusassent de le faire. Il faudrait, dans ce

(1) C'est une dsposition analogue à celle de l'art. 322 du code de procédure, qui porte que, lorsque de nouveaux experts sont nommés d'office, ils pourront demander aux précédents experts les renseignements qu'ils trouveront convenables.

dernier cas, appliquer les principes relatifs à l'extinction de l'arbitrage, et décider que le décès d'un arbitre, une récusation dont la cause serait survenue depuis le partage, une simple cause d'empêchement en modifiant la composition du tribunal arbitral, mettrait fin à l'exercice de sa juridiction, et qu'il n'y aurait pas de sentence à prononcer. Cependant la loi ne s'arrête pas au refus que feraient les arbitres divisés de remplir le rôle qu'elle leur donne; le tiers arbitre doit passer outre. ART. 1018.

Cette opinion erronée, qui veut que les arbitres divisés conservent encore le pouvoir de juger tant que n'est pas expiré le délai donné au tiers arbitre, devait conduire à décider que le décès de l'un des arbitres, avant que le tiers n'ait prononcé, met fin à la mission de celui-ci (1). Le motif serait que l'impossibilité de réunir tous les arbitres pour conférer avec le tiers ne serait plus le résultat d'un fait volontaire, d'un concert frauduleux peut-être, pour anéantir les effets du compromis. Il faudrait donc en dire autant d'un empêchement absolu, tel que la maladie, ou l'incapacité survenue; c'est-à-dire que l'on modifie le

(1) C'est ce qu'a jugé la cour de Paris, le 14 janvier 1808; Dalloz, Jurisp. gén., tome 1, p. 728.

ART. 1018. système de la loi, et lorsqu'elle veut que, faute par les arbitres de se réunir, le tiers arbitre prononce sur le vu des procès-verbaux, on distingue suivant la nature des faits qui s'opposent à la réunion.

N'a-t-on pas aussi jugé que la rédaction d'un procès-verbal constatant l'avis des arbitres divisés devenait superflue lorsqu'ils se réunissaient au tiers arbitre chargé de vider le partage (1)? C'est toujours une conséquence de ce principe, que les arbitres ne sont pas liés par l'opinion qu'ils auraient émise, et qu'il est dès lors inutile de la fixer d'une manière irrévocable, puisque la sentence définitive doit être l'œuvre commune des arbitres et du tiers arbitre. A part les dangers de ce système, qui mettrait dans l'impossibilité de constater si chacun des arbitres avait réellement une opinion formée à l'époque où le partage a été déclaré, ou si cette déclaration de partage n'est pas un moyen détourné d'éluder les devoirs

(1) V. le Dictionn. de Bioche, v° arbitrage, nos 352, 353, 354. — Deux arrêts, l'un de Rennes, 11 décembre 1810, l'autre d'Orléans, 13 juin 1817, ont cependant déclaré nulle la sentence du tiers arbitre faute de rédaction des procès-verbaux énonçant l'avis des arbitres divisés.

qu'impose la mission du juge, contentons-nous de faire observer que cette jurisprudence est en opposition formelle avec le texte, qui veut que les arbitres divisés soient toujours tenus de rédiger leur avis distinct et motivé. Il faut se défier d'une doctrine dont les conséquences entraînent à faire des distinctions que la loi n'a pas exprimées. **Art. 1018.**

S'il était permis aux arbitres de modifier, depuis le partage, l'opinion qu'ils ont émise, ils pourraient donc rendre complétement inutile la mission du tiers arbitre. L'un d'eux pourrait se rallier à l'opinion de l'autre, et le tiers arbitre qui voudrait suivre l'opinion désertée serait seul de son avis contre une majorité dont l'avis devrait prévaloir (1). Les arbitres ne pourraient-ils pas même, usant de ce pouvoir de juge qui leur serait commun avec le tiers arbitre, s'entendre pour faire triompher une opinion nouvelle contre l'avis de celui-ci? Que devient alors le texte de la loi, qui veut que le tiers arbitre *prononce*, c'est-à-dire que son opinion l'emporte et qu'elle termine le conflit?

(1) La jurisprudence et les auteurs reculent devant cette conséquence. V. arrêt de la cour de Paris, du 11 avril 1825.

ART. 1018. L'analyse du texte ne laisse aucun doute à cet égard : — *le tiers arbitre sera tenu de juger;* — *il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés.* C'est donc une forme qui lui est imposée; il doit s'éclairer par ses conférences avec les arbitres, de même que les arbitres ont dû juger sur la production des pièces et des défenses. Mais l'obligation n'est pas réciproque; les arbitres ne sont pas tenus de conférer avec le tiers arbitre : *si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononcera seul*, c'est-à-dire sans conférer avec aucun des arbitres divisés, parce qu'il s'agit d'un avis à défendre et à maintenir, et que la position des parties ne serait pas égale, si l'une des opinions avait un défenseur et que l'autre n'en eût pas (1). Après avoir décidé que, si les arbitres ne se réunissent pas, le tiers arbitre prononcera seul, la loi ajoute : *Et* NÉANMOINS *il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres;* c'est-à-dire, *quoique les arbitres ne se soient pas réunis*, quoiqu'il n'ait pu re-

(1) La cour d'Amiens a même jugé que le tiers arbitre procédait illégalement en conférant *séparément* avec chacun des arbitres divisés ; arrêt du 4 avril 1838. C'est la conséquence du principe que la défense de chacune des opinions doit être contradictoire.

cueillir de leur bouche des explications sur le motif de leur avis, le tiers arbitre est obligé de choisir. Le texte, loin de limiter à l'hypothèse où les arbitres ne se seraient pas réunis l'obligation imposée au tiers arbitre de se conformer à l'une des opinions exprimées, ne précise cette obligation, dans ce cas particulier, que parce que le tiers eût pu se considérer comme omnipotent lorsque les arbitres ne se réunissent pas pour conférer avec lui. Mais on doit se garder d'en conclure qu'il ne soit pas soumis à la même règle, si la réunion a lieu. Il faut nécessairement qu'il choisisse pour faire pencher la balance; son rôle, dans les deux cas, est celui de départiteur, et ne comporte pas le droit de statuer *cum liberâ*, suivant l'expression de nos anciens jurisconsultes. Art. 1018.

Il faudrait donc trouver dans la loi le pouvoir conféré aux arbitres divisés de rétracter l'opinion qu'ils ont émise. Or la discussion du code prouve que les rédacteurs ont entendu leur refuser ce droit. La section du tribunat avait proposé d'insérer dans le texte la disposition que voici : « Si tous les arbitres divisés confèrent avec le tiers arbitre, le jugement sera rendu à la majorité des voix, et les arbitres divisés pourront, dans ce cas, se

Art. 1018. départir de leur premier avis. » Cette proposition ne fut pas accueillie ; bien plus, dans le projet du texte, on exigeait la signature des arbitres lorsqu'ils se réunissaient au tiers ; cette disposition a disparu de la rédaction définitive (1). Pour moi je ne vois pas seulement, dans la solution que je préfère, une stricte application du texte de la loi ; un motif plus élevé me détermine, comme il a probablement déterminé le législateur. On avait cru devoir imposer aux arbitres l'obligation de constater leur avis en cas de partage ; c'était en même temps donner à cet avis le sceau de l'immutabilité. Permettre aux arbitres de le modifier, c'était les exposer à l'importunité des sollicitations, aux amorces d'une séduction occulte, au danger des menaces conditionnelles. L'homme probe redoute peu de telles influences ; mais, si le témoignage de sa conscience le rassure, il est dangereux de laisser à la malignité de plaideurs désappointés la ressource d'expliquer un revirement funeste à leurs intérêts, par la faiblesse du juge et les intrigues du vainqueur.

La jurisprudence présente une tendance

(1) V. Locré, Esprit du code de procédure, tome 4, p. 377.

marquée en faveur de l'opinion que j'ai com- Art.
battue (1). Il y a cependant quelques arrêts qui 1018.
consacrent la mienne (2); il y en a d'autres qui, sans l'admettre d'une manière positive, sont comme le reflet incertain d'une vérité qui n'apparaît pas encore, mais qui doit briller bientôt : c'est ainsi que la cour de cassation a jugé que le tiers arbitre qui confère avec les arbitres n'est pas obligé de délibérer la sentence et de prononcer avec eux (3); que le tiers arbitre a qualité pour constater qu'il a conféré avec les autres arbitres; et que la signature de ceux-ci n'est pas nécessaire pour la validité de la sentence, alors même qu'ils se seraient réunis et qu'ils auraient conféré (4). Ces décisions ressemblent à un corollaire de mon principe.

(1) V. Dictionn. de Bioche, v° arbitrage, n° 585.

(2) Arrêts de Metz, 12 mai 1819; Grenoble, 12 août 1829. Cette dernière cour a depuis embrassé l'opinion contraire.

(3) Arrêt du 26 mai 1819. Il est vrai que dans l'espèce le tiers arbitre attestait que les arbitres avaient déclaré persister dans leur avis; mais, s'ils étaient réellement juges, et s'ils avaient le pouvoir de changer d'avis, pourquoi ne pas rédiger la sentence comme étant l'œuvre commune?

(4) Arrêts du 13 mai 1837 et du 4 décembre 1839.

Art. 1018. Les parties peuvent d'ailleurs dispenser le tiers arbitre de toute conférence avec les arbitres divisés.

La règle qui veut que le tiers arbitre suive l'avis exprimé par l'un des arbitres divisés a soulevé quelques difficultés d'application. On est généralement d'accord que le tiers ne peut prendre une opinion intermédiaire entre les avis des arbitres partagés, alors même que ces avis ne différeraient que du plus au moins. — Mais lorsqu'il existe plusieurs chefs de contestation, le tiers n'est pas tenu de donner à l'avis de l'un des arbitres la préférence sur tous les chefs; il peut prendre dans chaque opinion émise les éléments de la décision qu'il doit prononcer. Ainsi, dans un règlement de compte se composant de plusieurs articles distincts, le tiers arbitre a pu adopter alternativement l'avis de l'un ou de l'autre des arbitres sur chacun des articles du compte (1). De sorte que le résultat sanctionné par le tiers arbitre différera du résultat obtenu par l'un et par l'autre des arbitres divisés; mais chacune

(1) C'est ce qui fut dit d'une manière positive par les sections du tribunat, lors de la discussion du code de commerce. V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 319.

des solutions partielles dont le résultat se compose, n'en sera pas moins empruntée à l'un ou à l'autre d'entre eux. — Enfin on permet au tiers arbitre, en adoptant une des opinions exprimées lors du partage, de rectifier des erreurs de calcul ou de fausses conséquences qui se rencontrent dans l'opinion qu'il adopte. Mais il ne faut appliquer cette règle qu'avec une grande réserve : on touche à l'extrême limite qui sépare l'interprétation et la violation de la loi (1). ART. 1018.

L'avis des arbitres partagés devant être motivé, il suffit que le tiers arbitre se réfère à ces motifs dans la sentence qu'il prononce.

En matière d'arbitrage forcé, on appliquera les règles du code de procédure relatives soit au délai dans lequel le tiers arbitre doit prononcer, soit au mode de procéder qui lui est imposé.

La sentence est rédigée soit par les arbitres désignés dans l'origine, soit par le tiers arbitre en cas de partage; il s'agit maintenant 1020.

(1) V. sur toutes ces questions relatives au pouvoir du tiers arbitre, les arrêts cités par Bioche, v° arbitrage, n°s 399 et suiv.

Art. 1020. de rechercher quels sont les effets de la sentence, à quelles formes elle est soumise pour devenir exécutoire.

L'œuvre des arbitres présente un caractère qu'il n'est pas aisé de définir. Je l'examine ici relativement aux parties; je rechercherai plus tard sa nature à l'égard des tiers. La sentence signée par les arbitres qui l'ont rendue est-elle un acte authentique, est-elle un acte sous seing privé? En d'autres termes, doit-elle faire foi jusqu'à inscription de faux des énonciations qu'elle contient?

Le droit de conférer l'authenticité aux actes qu'ils rédigent est un privilége qui n'appartient qu'à des délégués de l'autorité souveraine et qui n'est attaché qu'à certaines fonctions déterminées. Les arbitres volontaires n'agissent qu'en vertu d'une délégation purement privée; l'arbitre forcé exerce, comme on l'a vu, des fonctions publiques, mais ces fonctions ne sont pas de telle nature qu'elles puissent conférer à celui qui les exerce le privilége de donner la foi probante aux actes de sa compétence. Ce n'est point une conséquence de la durée éphémère des fonctions qu'il remplit; le magistrat lui-même n'est pas revêtu de ce pou-

voir; ses décisions n'ont le caractère de l'authenticité que lorsqu'elles ont été constatées par le greffier (1) : c'est donc à la nature des fonctions plutôt qu'à leur durée que le privilége est attaché, si bien que le citoyen momentanément revêtu des fonctions de greffier, en l'absence du titulaire, participe à ce droit de donner l'authenticité aux actes de son ministère. ART. 1020.

Les arbitres n'ont plus, comme autrefois, un greffier des arbitrages chargé d'écrire leurs jugements et leurs procès-verbaux (2); ils les rédigent eux-mêmes, et les actes de leur juridiction, se trouvant accomplis sans l'assistance d'un officier public qui puisse leur donner le caractère de l'authenticité, n'ont à cette première période de leur existence d'autre caractère que celui d'un écrit sous signature privée.

Mais il ne faut pas s'y tromper : la sentence arbitrale, bien qu'elle ne soit pas authentique, n'en a pas moins foi probante vis-à-vis les

(1) Cependant cette règle compte quelques exceptions; on en a vu un exemple dans le cas de désistement ; l'ordonnance du président pour le payement des frais est exécutoire contre celui qui se désiste sans la signature du greffier. On pourrait citer beaucoup d'autres exemples.

(2) Édit de mars 1673. V. *supra*, p. 514.

Art. 1020. parties qui se sont soumises à l'arbitrage. Les arbitres n'ont pu sans doute constater eux-mêmes les pouvoirs en vertu desquels ils ont agi ; mais, ces pouvoirs une fois établis par des actes reconnus entre les parties ou vérifiés par la justice, les arbitres agissent en vertu de la délégation qu'ils tiennent des parties elles-mêmes, ou qui leur est conférée par les tribunaux se substituant aux parties. Les énonciations contenues dans les actes de l'instruction ou dans la sentence, quoique émanées des arbitres et non des parties elles-mêmes, feront foi contre les parties, ou pour elles, parce que ces énonciations ne sont pas l'œuvre d'un tiers, mais de mandataires communs à tous les intéressés qui figurent au compromis.

Les aveux consignés dans les procès-verbaux, les résultats de l'instruction, les conclusions des parties, les modifications qu'elles ont subies, la date même de la sentence, constatés par les arbitres, ont la même foi que s'ils étaient constatés par la signature des parties, parce qu'elles ne sont pas des tiers relativement aux arbitres, pour tout ce qui se rapporte à l'exercice des pouvoirs qu'elles leur ont conférés.

Ce n'est pas à dire cependant que ces énon-

ciations ne puissent tomber que par l'inscription de faux. Il est d'autant plus nécessaire de se tenir en garde contre une telle induction, que certains auteurs ont confondu la foi probante qui résulte de la sentence considérée comme acte purement privé, avec la présomption légale de vérité qui ne peut être détruite que par l'inscription de faux (1). La méprise dans laquelle ils sont tombés est née sans doute de ce qu'ils n'ont pas aperçu le rapport qui unit les parties à l'arbitre de leur choix, et que, voulant se rendre compte du motif pour lequel les actes de l'arbitre devaient faire foi vis-à-vis des parties, ils n'ont pu se l'expliquer que par une sorte de mission publique dont l'arbitre serait investi ; tandis que la foi probante de la sentence n'est autre que celle qui résulterait d'un acte sous signature privée, entre ceux qui l'ont souscrit ou qui l'ont fait souscrire par des mandataires.

ART. 1020.

Les énonciations de la sentence feront donc foi seulement jusqu'à preuve contraire. Encore

(1) M. Bioche est tombé dans cette erreur; il cite, v° arbitrage, n° 502, plusieurs arrêts qu'il présente comme ayant décidé que les énonciations de la sentence font foi jusqu'à l'inscription de faux, tandis que ces arrêts ont seulement jugé que ces énonciations avaient foi probante.

Art. 1020. cette foi probante ne s'attachera-t-elle qu'aux énonciations ayant un rapport direct avec l'objet du compromis, et je rejetterais la doctrine d'un arrêt de la cour de Bruxelles du 12 décembre 1809, approuvée par M. Pardessus, d'après laquelle la déclaration des arbitres suffirait pour constater *une transaction* entre les parties, sans qu'il fût nécessaire qu'elle eût été signée par elles (1). Une semblable énonciation, en dehors du pouvoir des arbitres, n'aurait même pas besoin d'être détruite au moyen de la preuve contraire.

La sentence arbitrale va prendre un caractère authentique par l'intervention du magistrat et de l'officier public compétent.

A cet effet le dépôt de la sentence est fait au greffe du tribunal dans le ressort duquel elle a été rendue. S'il s'agit d'une sentence émanée d'arbitres volontaires, c'est au greffe du tribunal civil de première instance que le dépôt doit avoir lieu, ou au greffe de la cour royale s'il a été compromis sur l'appel d'un jugement (2); au greffe du tribunal de com-

(1) V. M. Pardessus, tome 5, n° 1404.

(2) Il peut se présenter une assez grave difficulté relativement au dépôt de la sentence, lorsque le compromis

merce, si la sentence est rendue par des arbitres forcés (1). Lorsque les arbitres, en matière de société commerciale, seront investis du pouvoir de juger comme amiables compositeurs, c'est au greffe du tribunal civil de première instance qu'il faudra déposer le jugement arbitral, suivant la doctrine que j'ai développée pour démontrer que les amiables compositeurs sont toujours des arbitres volontaires (2). Art. 1020.

La loi dit que la minute du jugement sera déposée *dans les trois jours*, *par l'un des arbitres*; mais elle n'attache pas à l'inobservation

porte à la fois sur l'appel d'un jugement et sur une affaire qui n'a pas encore subi le premier degré de juridiction. La sentence devra-t-elle être déposée au greffe du tribunal, ou au greffe de la cour ? Cette difficulté disparaîtrait si les arbitres avaient soin de rendre deux sentences distinctes, et si d'ailleurs il ne leur était point interdit de procéder ainsi. La cour de cassation a jugé, le 26 juin 1833, que si dans ce cas une sentence unique était rendue, elle devait être déposée au greffe de la cour. Il serait cependant plus conforme à la loi de rédiger la sentence unique en deux originaux, dont un serait déposé au greffe du tribunal, l'autre au greffe de la cour. Chacun des présidents la rendrait exécutoire dans les limites de sa compétence. V. aussi arrêts de cassation du 28 janvier 1833; Toulouse, 3 juin 1828; Grenoble, 14 août 1834.

(1) Code de commerce, art. 61.

(2) V. *suprà*, p. 619.

ART. 1020. de cette règle la peine de nullité. Elle a seulement voulu indiquer qu'avant l'expiration des trois jours les arbitres ne pouvaient être mis en demeure de déposer la sentence ; il ne faut pas en conclure que le délai de trois jours soit un délai fatal, passé lequel la sentence doive être considérée comme non avenue, ni que le dépôt ne puisse être fait par d'autres personnes qu'un arbitre (1). Toutefois le greffier serait en droit de refuser le dépôt qui ne serait pas fait par un des arbitres en personne (2). La minute reste entre les mains du greffier, qui dresse un acte de dépôt. Les poursuites pour les frais du dépôt et les droits d'enregistrement de la sentence ne peuvent être faites que contre les parties, et non contre les arbitres.

1021. Ces premières formalités ont pour objet de mettre le président du tribunal ou de la cour en position de conférer, par son ordonnance

(1) V. les arrêts nombreux cités au Dictionnaire de Bioche, v° arbitrage, n°s 598 et 600. — Il est presque inutile de faire observer qu'il n'est pas nécessaire que le dépôt ait lieu pendant le délai du compromis. Il importerait peu que ces délais ne fussent pas expirés, car le pouvoir des arbitres a pris fin par la rédaction de la sentence.

(2) Arrêt de Nancy, 28 mai 1833; Dalloz, 34, 2, 220.

mise au bas ou en marge de la minute, la force exécutoire qui manque à la sentence (1). Art. 1021.

Par cette ordonnance d'exécution, donnée sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public, le magistrat s'approprie en quelque sorte la sentence, comme s'il l'avait rendue lui-même. Le greffier du tribunal délivrera expédition de la décision arbitrale et de l'ordonnance d'*exequatur*, comme s'il s'agissait d'un seul acte émané des juges qu'il a mission d'assister. Il gardera la minute de la sentence et de l'ordonnance d'*exequatur*, comme il garde la minute des actes de son tribunal; et même, si la sentence a été prononcée par des arbitres forcés, qui sont investis d'un caractère public, il la transcrira sur les registres aussitôt qu'elle sera revêtue de l'ordonnance du président, comme si elle eût été rendue par les juges du tribunal de commerce (2).

Ces formalités donnent à la décision des arbitres volontaires ou forcés le sceau de l'au-

(1) Il n'est pas nécessaire que l'ordonnance d'*exequatur*, apposée par le président, soit revêtue de la signature du greffier. Arrêts de Bastia, 2 août 1832; Paris, 18 mai 1833.—Dans l'usage, cependant, on remplit cette formalité.

(2) Code de commerce, art. 61.

ART. 1021. thenticité. Revêtue de l'ordonnance judiciaire d'exécution, elle emporte hypothèque, comme les jugements rendus par les tribunaux permanents (1). Les énonciations contenues dans la sentence n'acquièrent pas sans doute une force nouvelle par l'intervention du magistrat ou du greffier; non plus qu'auparavant, il ne sera nécessaire pour les détruire de recourir à la voie de l'inscription de faux, car le concours de l'officier public ne confère une présomption légale de vérité qu'aux faits qu'il peut constater par son propre témoignage, et non pas à ceux qui se seraient passés hors sa présence. Mais il faudra s'inscrire en faux, si l'on veut contester la sincérité matérielle de l'acte, si l'on veut prétendre, par exemple, que la minute est altérée dans son contexte, ou que l'expédition n'est pas conforme à la minute déposée ; — et si les arbitres signataires avaient eux-mêmes déposé la sentence, il faudrait aussi s'inscrire en faux pour dénier la sincérité de la signature des arbitres, qu'attestent d'une manière légale le dépôt de la sentence entre les mains de l'officier public et l'acte qu'il rédige pour constater ce dépôt opéré par ceux-

(1) Code civil, art. 2123.

là mêmes qui déclarent en sa présence que la sentence est émanée d'eux. Art. 1021.

Tout cela s'applique aux jugements préparatoires ou interlocutoires qui, de même que les jugements définitifs, ne deviennent un titre authentique et exécutoire entre les mains de la partie qu'après l'observation des formes que je viens d'indiquer.

Dans notre ancienne jurisprudence, les sentences reçues par les greffiers des arbitrages emportaient hypothèque dès le jour de la prononciation, sans qu'il fût nécessaire de les faire homologuer par le juge. Mais c'était une grave question que de savoir si la sentence était exécutoire avant l'homologation en justice. La plupart des auteurs décidaient que l'exécution pouvait être poursuivie lorsque la sentence était reçue par le greffier des arbitrages. De manière que l'homologation n'était requise que dans les lieux où ces greffiers n'étaient pas institués, ou lorsque la matière sur laquelle on avait compromis n'était pas de la compétence des bailliages et des duchés-pairies près desquels ces offices avaient été créés (1).

(1) V. Jousse, Traité de l'administrat. de la justice, tome 2, p. 712, et Denisart, v° arbitres.

Art. 1021. L'homologation de la sentence arbitrale était poursuivie devant le juge auquel était attribuée la contestation mise en arbitrage; en matière de société, c'était devant les consuls (1), ou bien devant le juge royal ou seigneurial, lorsqu'il n'y avait pas, dans le lieu de l'arbitrage, de juridiction consulaire; pour les assurances, l'homologation se poursuivait devant les juges des amirautés (2); pour les matières ordinaires, devant les juges royaux ou seigneuriaux; devant les cours souveraines, lorsque l'on avait compromis sur l'appel d'un jugement qui devait être porté devant une cour. Mais c'était au tribunal ou à la cour que l'homologation était demandée. La partie qui poursuivait l'homologation assignait l'autre partie. On procédait par l'intermédiaire des procureurs, si la juridiction comportait leur emploi; et le ministère public devait être entendu, si la sentence arbitrale portait sur un objet d'intérêt public. On a vu comment cette procédure est aujourd'hui simplifiée par l'attribution que la loi nouvelle a faite au président du tribunal (3).

(1) Ordonn. de 1673, tit. 4, art. 13.

(2) Ordonn. de 1681, liv. 3, tit. 6, art. 72.

(3) Des réminiscences de l'ancienne jurisprudence se retrouvent dans les articles 1021 et 1028, qui parlent du *tribunal* par lequel a été rendue l'ordonnance d'exécution.

Reste maintenant à savoir quelle est l'étendue de ce droit qu'exerce le président du tribunal en conférant à la sentence des arbitres la force exécutoire qui lui manque. Est-ce une pure formalité à laquelle il ne puisse refuser son concours ? Est-ce une décision judiciaire qui suppose une appréciation du mérite de la sentence ? ART. 1021.

Que le président ne puisse modifier la sentence des arbitres, c'est un point qui n'est pas douteux. Le code de commerce s'en explique formellement pour les décisions des arbitres forcés (1) ; il y a même raison en ce qui concerne les décisions des arbitres volontaires. Le président du tribunal ou de la cour n'exerce pas une juridiction rivale de la juridiction des arbitres : ce sont des pouvoirs de nature diverse qui concourent dans la sphère de leurs attributions à former et à compléter la sentence ; ils ne peuvent se trouver en conflit.

Sous l'ancienne jurisprudence, lorsque l'homologation se poursuivait devant le tribunal, les juges devaient y procéder purement et simplement, *sans prendre sous ce prétexte aucune connaissance du fond* (2). Mais si la sentence

(1) Code de commerce, art. 61.

(2) V. ordonn. de 1681, liv. 3, tit. 6, art. 72.

Art. 1021. était entachée d'un vice qui lui enlevât son caractère légal, si l'arbitre avait excédé ses pouvoirs en faisant droit sur des contestations non portées dans le compromis, ou s'il avait jugé depuis l'expiration des délais, la partie condamnée pouvait s'opposer à l'homologation, et même le juge, en refusant de l'homologuer, pouvait prononcer la nullité de la sentence.

Les attributions du président chargé de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* sont-elles aujourd'hui les mêmes que celles autrefois données au tribunal entier? Si la sentence lui paraît nulle en la forme ou entachée d'un excès de pouvoir, a-t-il le droit de refuser son ordonnance, comme autrefois les juges du tribunal leur homologation? Je ne saurais l'admettre. L'homologation n'était refusée qu'après un débat contradictoire. Aujourd'hui l'ordonnance est rendue hors la présence des parties. Celles-ci auraient le droit de couvrir par une ratification le vice de la sentence prononcée après l'expiration des délais, ou rendue hors des termes du compromis. Comment dès lors concevoir que le président puisse d'office soulever un moyen de nullité auquel les parties seraient libres de renoncer?

En cherchant à se rendre compte du changement opéré par le législateur moderne quant

au mode de rendre exécutoire la sentence arbitrale, on voit qu'il a décomposé les anciennes attributions données aux juges devant lesquels l'homologation devait être poursuivie. Autrefois l'appréciation du caractère légal de la sentence, et la décision qui lui donnait la force exécutoire, se confondaient dans un acte unique, le jugement d'homologation. Aujourd'hui ce sont deux actes distincts. La décision des arbitres est présumée légale, tant que l'une des parties ne réclame pas contre les vices qui lui enlèvent son caractère de sentence. La délivrance faite par le président de son ordonnance *d'exequatur* n'est plus, comme l'ancienne homologation, la conséquence d'une appréciation préalable; elle précède l'appréciation qui sera faite par le tribunal, si les parties intéressées soumettent à son examen la question de validité de la sentence. A l'un appartient l'opération, pour ainsi dire matérielle, qui confère la force exécutoire; à l'autre, l'office du juge qui vérifie et qui prononce. ART. 1021.

Il est vrai que l'on a soutenu qu'en matière d'arbitrage forcé la loi confère au président du tribunal de commerce une attribution exclusive en ce qui concerne les mesures relatives à l'exécution de la sentence arbitrale, et que

ART. 1021. le tribunal n'exerce aucune juridiction pour l'appréciation de sa validité. Mais en admettant, ce que j'examinerai plus tard (1), la vérité de ce principe, que la sentence arbitrale ne peut être attaquée devant le tribunal de commerce, il ne s'ensuivrait pas que le président exerçât, dans leur entier, les anciennes attributions des consuls relatives à l'homologation de la sentence. Il faudrait seulement en conclure que, puisque le tribunal n'est pas investi du droit d'appréciation, à plus forte raison ne peut-il appartenir au président de l'exercer.

Toutefois, soit qu'il s'agisse d'un arbitrage volontaire ou d'un arbitrage forcé, je reconnaîtrais certaines hypothèses dans lesquelles le président du tribunal serait en droit de refuser l'ordonnance d'*exequatur*. On conçoit en effet que si l'acte qu'il s'agirait de rendre exécutoire ne présentait pas les formes extérieures d'une sentence arbitrale, si par exemple il n'était pas signé de la majorité des arbitres, s'il ne mentionnait pas que la minorité a refusé de signer, s'il ne contenait pas un dispositif sur les prétentions des parties, et ne présentait

(1) V. le chapitre suivant, qui traite des voies de recours contre la sentence arbitrale.

que le contexte d'un simple procès-verbal d'experts, le président, en refusant l'*exequatur,* ne ferait que déclarer une impossibilité d'agir, parce que la matière manque à l'exercice du droit que la loi lui confère. De même encore, si la sentence des arbitres volontaires était déposée au greffe d'un tribunal de commerce, ou celle des arbitres forcés au greffe du tribunal civil, le président devrait, à raison de son incompétence, refuser l'ordonnance d'exécution. Dans les autres cas il doit la délivrer, et je ne lui reconnaîtrais même pas le droit de la refuser sous prétexte que la sentence contiendrait quelque disposition contraire à l'ordre public (telle que la contrainte par corps prononcée hors des cas prévus par la loi), toutes les fois qu'il sera nécessaire d'examiner le fond de la contestation pour décider si les arbitres sont contrevenus aux lois d'ordre public. — Il en serait autrement si la disposition de la sentence était d'une manière absolue en dehors des matières sur lesquelles il est permis aux arbitres de prononcer, par exemple s'ils avaient statué sur une question d'état ou sur une séparation entre mari et femme, parce qu'alors la présomption de légalité ne peut s'attacher à la sentence, et que le pouvoir du président ne peut s'exercer pour compléter un

ART. 1021.

Art. 1021. acte que la loi, dont il est le ministre, proscrit elle-même en le déclarant contraire aux intérêts généraux de la société.

J'examinerai, dans le chapitre qui va suivre, les moyens de recours dont peuvent user les parties, soit pour neutraliser la force exécutoire de l'ordonnance apposée sur un acte qui n'a que les apparences d'une sentence arbitrale, soit pour se pourvoir contre la décision du président lorsqu'il refuse de délivrer son ordonnance d'*exequatur*, ou lorsqu'il la délivre en dehors de sa compétence.

La sentence arbitrale, devenue exécutoire par l'ordonnance du président, est un titre en vertu duquel les voies d'exécution peuvent être poursuivies. On sait que les contestations relatives à l'exécution sont exclusivement du ressort des tribunaux ordinaires. J'ai développé ce principe à propos de la juridiction des tribunaux de commerce (1). On en retrouve l'application lorsque des difficultés s'élèvent sur l'exécution des sentences arbitrales (2). La con-

(1) V. *suprà*, p. 396.

(2) « Et ne peuvent lesdits arbitres exécuter leurs sentences, sinon qu'ils eussent les choses contentieuses entre leurs mains, pour les bailler à la partie qui obtient gain de cause. » Coutume de Bretagne, art. 18.

naissance de l'exécution appartient au tribunal dont le président a rendu l'ordonnance d'*exequatur*. C'est à la cour royale que l'exécution appartient, si le président de la cour a rendu l'ordonnance. ART. 1021.

Lorsque la sentence arbitrale émane d'arbitres forcés, l'ordonnance d'*exequatur* est rendue, comme on l'a vu, par le président du tribunal de commerce; mais ce n'est pas à ce tribunal que doivent être portées les difficultés d'exécution, car il ne serait pas compétent pour connaître de l'exécution de ses propres jugements. Dans ce cas il faudra suivre les règles qui devraient être observées, si la sentence des arbitres émanait du tribunal de commerce dont le président a rendu l'ordonnance, c'est-à-dire que la contestation élevée sur l'exécution sera portée au tribunal civil de première instance du lieu où l'exécution se poursuivra (1).

Les règles que j'ai développées sur la force 1022.
exécutoire des sentences arbitrales régissent exclusivement les rapports des parties qui ont figuré dans la sentence. Le législateur a fait de ce principe un texte ainsi conçu : « Les juge-

(1) Code de procéd., art. 553.

Art. 1022. ments arbitraux ne pourront en aucun cas être opposés à des tiers. » Est-ce un principe spécial aux décisions rendues par les arbitres ? Le texte du code de procédure n'a-t-il, au contraire, d'autre portée que celle de l'article 1351 du code civil, qui porte que l'autorité de la chose jugée n'a lieu que lorsque la même demande est formée entre les mêmes parties ? C'est une question qui soulève de graves difficultés et sur laquelle on est loin de s'entendre.

La solution nous ramène à l'examen de la nature et du caractère de l'arbitrage. On a vu que la mission des arbitres avait son origine dans la convention des parties : il est vrai qu'il peut se présenter des hypothèses, notamment en matière d'arbitrage forcé, dans lesquelles les arbitres sont nommés par le tribunal et non pas directement par les parties ; mais, ainsi que je l'ai déjà dit, la qualité de juges n'est conférée aux arbitres que relativement à une contestation déterminée, et respectivement aux parties qui concourent à leur nomination, ou pour lesquelles la nomination a été faite ; de sorte que, si l'on considère la nature essentiellement relative de leurs pouvoirs, la décision des arbitres volontaires ou forcés n'aura le caractère d'un jugement que vis-à-vis les parties ;

elle n'aura vis-à-vis les tiers d'autre caractère Art.
que celui d'une convention, pour le complément 1022.
de laquelle les contractants auraient eu recours à l'intervention d'une ou de plusieurs personnes. Il en sera, de la décision arbitrale, comme d'une transaction, laquelle entre les parties qui y figurent a l'autorité de la chose jugée (1), qui, vis-à-vis les tiers, rentre dans la classe des conventions ordinaires.

Cette distinction, entre l'autorité de la chose jugée et l'autorité qui s'attache aux conventions, paraît au premier aspect dénuée de tout intérêt en ce qui concerne les tiers. Les principes qui déterminent les limites de cette autorité ne sont-ils pas les mêmes, soit qu'il s'agisse d'un jugement, soit qu'il s'agisse d'une convention ? Si l'article 1165 veut que les conventions n'aient d'effet qu'entre les parties contractantes, l'article 1351 restreint les effets de la chose jugée aux rapports des parties entre elles. Qu'importe donc que la sentence arbitrale ait vis-à-vis les tiers la nature d'un jugement ou celle d'une convention ; l'art. 1022 du code de procédure sera dans tous les cas la reproduction d'un principe général toujours le même, soit qu'on le trouve écrit dans la dis-

(1) Code civil, art. 2052.

ART. 1022. position de l'article 1165, soit qu'on le justifie par le texte de l'article 1351 du code civil.

La distinction cependant a son importance. Le principe est le même sans doute, mais son application est plus ou moins étendue, suivant la nature de l'acte dont on examine la force et l'autorité. En d'autres termes, telle personne que l'on doit réputer avoir été légalement représentée par la partie qui plaide, ne sera plus qu'un tiers si la même partie, au lieu de procéder en justice, transige sur la même contestation. C'est en ce sens que le président Favre disait : *Mirum non est auctoritatem rei judicatæ latius patere quàm transactionis, quàmvis non negem inter eos ipsos qui transegerunt, transactionem rei judicatæ vim habere* (1). Ce qu'il dit de la transaction, il faut l'étendre à la décision des arbitres.

C'est ainsi que les cautions, les codébiteurs solidaires, les garants, sont représentés dans l'instance introduite devant la justice régulière, et dans laquelle figurent le débiteur principal, le codébiteur solidaire, ou la partie à qui la garantie est due. Pour repousser l'autorité de la chose jugée, ils devraient invoquer une exception ou une défense qui leur fût personnelle,

(1) *Rationalia*, sur la loi 3, ff. *de transactionibus*.

il faudrait que le garant démontrât qu'il existait des moyens de repousser l'action dirigée contre la partie qui ne l'a pas appelé dans la cause; il faudrait démontrer que c'est par l'effet d'une collusion entre les parties que la condamnation a été prononcée (1). Tandis que la transaction faite sans leur concours ne pourrait leur être opposée, et, pour refuser d'en subir les conséquences, ils n'auraient à invoquer ni moyens de défense personnels, ni présomptions de fraude ou de collusion. Quant aux jugements, ils seraient représentés; quant à la transaction ou à la sentence des arbitres, ils sont des tiers *en tant qu'elles leur seraient opposées;* car ils peuvent d'ailleurs s'en prévaloir si les dispositions qu'elles contiennent sont favorables à leurs intérêts (2).

ART. 1022.

Les seules personnes auxquelles la sentence arbitrale serait opposable seront donc celles à qui pourraient être opposées même les con-

(1) V. tome 5, p. 117.

(2) C'est en vertu du même principe que j'ai décidé que le créancier solidaire ne pouvait compromettre, pour ses coïntéressés, sans un mandat exprès de leur part; et par suite la sentence ne pourrait être opposée à ceux-ci, bien qu'ils dussent être réputés parties au jugement rendu par la justice régulière contre un seul des créanciers solidaires.

Art. 1022. ventions dans lesquelles elles n'ont pas personnellement figuré. Tels sont les successeurs à titre universel ou singulier de la partie qui contracte ou qui figure à la sentence ; c'est-à-dire, les héritiers, les légataires, les acquéreurs dont le titre d'acquisition serait postérieur à la sentence qui aurait eu pour objet le droit cédé.— Tels sont enfin les créanciers.

Les créanciers sont soumis à toutes les conséquences des actes faits par leur débiteur, parce que le gage qu'ils trouvent dans les biens de celui-ci ne consiste que dans une simple espérance qui peut s'évanouir, si le débiteur use du droit qui lui appartient de disposer sans limites. C'est pour cela qu'ils sont obligés de subir les résultats de la sentence arbitrale prononcée contre leur débiteur; car, dût-elle être assimilée à une transaction sur un droit litigieux, elle pourrait encore leur être opposée. On ne peut pas dire du débiteur, dans ses rapports avec ses créanciers, qu'il ait, comme le codébiteur solidaire dans ses rapports avec ses codébiteurs, comme le débiteur principal dans ses rapports avec la caution, une sorte de mandat qui lui impose certains modes d'agir à l'exclusion de certains autres ; le débiteur a ses créanciers pour ayants cause

dans tous les actes qui n'ont pas pour objet ART.
direct d'organiser la fraude contre leurs droits. 1022.

Il résulte de cette position des créanciers, qu'ils auront d'abord le droit, en leur qualité d'ayants cause, d'attaquer la sentence arbitrale par toutes les voies qui seraient ouvertes à leur débiteur. Mais, si la sentence est le résultat d'une collusion ou d'une fraude, ils pourront l'attaquer de leur chef; ils devront alors recourir à la tierce-opposition, qui serait pour eux une ressource unique dans le cas où il s'agirait d'un jugement rendu par la justice régulière (1). Le caractère contractuel de l'arbitrage n'est pas un obstacle à l'admission du droit d'intervenir conservatoirement devant les arbitres. C'est par le même motif que la tierce-opposition doit être accordée aux créanciers; car, tant que la fraude n'est pas prouvée, la sentence arbitrale a, vis-à-vis les créanciers, le caractère d'un jugement, et la tierce-opposition est dès lors le moyen légal de neutraliser les effets de la fraude concertée dans l'instance entre leur débiteur et l'autre partie.

Quant aux héritiers ou autres successeurs, la sentence arbitrale est toujours opposable, elle est même exécutoire contre eux; ils ne peuvent

(1) V. tome 5, p. 120.

Art. 1022. jamais être considérés comme des tiers, mais comme des ayants cause dans l'acception la plus générale de cette qualification.

Les développements qui précèdent me conduisent à parler des voies de recours admises contre les sentences des arbitres volontaires ou forcés. L'œuvre des arbitres est terminée, c'est maintenant la justice régulière qui va s'exercer pour statuer sur la validité de la sentence, peser ses dispositions et remédier aux erreurs commises.

CHAPITRE XXXIII.

VOIES DE RECOURS CONTRE LES SENTENCES DES ARBITRES.

(Liv. 3, titre unique, art. 1023-1028 du code de procédure.)

Les voies de recours ouvertes contre les sen- ART.
tences arbitrales sont l'opposition à l'ordonnance d'exécution, l'appel, la tierce-opposition, la requête civile, le pourvoi en cassation. La question de savoir si tous ces moyens d'attaque sont communs à l'un et à l'autre arbitrage soulève de graves difficultés que j'essaierai de résoudre.

Quant à l'opposition proprement dite, la loi 1016.
refuse cette voie de recours contre les sentences arbitrales. Permettre l'opposition, c'eût été donner à la partie, qui n'a pas comparu devant les arbitres, le pouvoir de prolonger l'instance en la renouvelant au moment où les délais du compromis seraient sur le point d'expirer, et par là d'enlever au compromis son

Art. 1016. efficacité. D'ailleurs, comme le disaient les législateurs de Genève : « Les considérations qui ont fait introduire l'opposition devant les tribunaux, cette possibilité que la partie défaillante ignorât la demande dirigée contre elle, cette crainte qu'elle ne fût victime de quelque surprise, cessent devant les arbitres. Le compromis étant l'œuvre de toutes les parties, si le défaillant se tait, c'est avec intention, il doit s'imputer les conséquences de son silence (1). »

Toutefois ce dernier motif ne justifierait pas l'exclusion de la voie d'opposition en matière d'arbitrage forcé, lorsque les parties auront choisi leurs arbitres avant que la contestation ne fût née. Dans ce cas il peut se faire que le défendeur ignore la demande dirigée contre lui, si l'ajournement qui l'appelle devant les arbitres ne parvient pas entre ses mains. Je ne crois pas cependant que l'opposition doive être reçue contre la sentence des arbitres forcés. Le silence des textes du code de commerce me paraît significatif à côté de la disposition expresse du code de procédure : « Un jugement

(1) Rapport de M. Bellot sur le code de procédure du canton de Genève.

arbitral ne sera, dans aucun cas, sujet à l'op- Art.
position. » 1016.

On conçoit d'ailleurs que les arbitres ne peuvent statuer par défaut que dans la dernière quinzaine qui leur est accordée pour prononcer leur sentence. Les parties ont toujours le droit de produire pendant la période de temps antérieure.

L'opposition à l'ordonnance d'exécution est 1028.
une voie de recours spéciale aux jugements des arbitres. Elle tend à dénier à l'acte rédigé par eux son caractère de sentence, tandis que les autres voies de recours supposent au contraire l'existence légale de l'acte considéré comme jugement. Il en résulte que la partie qui prendrait la voie de l'appel, ou de la requête civile, se fermerait elle-même la voie d'opposition à l'ordonnance, car elle reconnaîtrait l'autorité légale de la décision des arbitres. Il y a donc un certain ordre à observer dans le choix des attaques à diriger contre la sentence, lorsque plusieurs voies sont ouvertes; et c'est l'opposition à l'ordonnance d'exécution qui se présente en première ligne. Tel est le motif qui me détermine à la placer aussi la première dans l'ordre de mes explications.

Art. 1028. La loi n'impose pas aux parties l'obligation d'attendre que le président ait ordonné l'exécution de la sentence; on peut se pourvoir par opposition, soit avant que l'ordonnance ait été rendue, soit après qu'elle a été mise au bas de la sentence.

Cette voie de recours présente un caractère tout spécial. C'est une action en nullité qui laisse en suspens l'existence légale de la décision des arbitres, et qui lui enlève provisoirement la présomption de validité dont elle est revêtue avant qu'elle ne soit attaquée par cette voie. On a vu que le législateur moderne a rejeté la nécessité d'une homologation préalable par le tribunal entier, et qu'il suffit d'une ordonnance du président pour rendre la sentence arbitrale exécutoire. Mais l'innovation consiste seulement en ce que, d'après les anciens principes, c'était à la partie qui voulait se prévaloir de la sentence à la faire déclarer légale par les juges du tribunal, tandis qu'aujourd'hui c'est la partie ayant intérêt à faire déclarer nulle la sentence qui doit se pourvoir devant le tribunal et solliciter l'appréciation des juges. Ce recours formé, la présomption de légalité s'efface, l'exécution de la sentence ne peut être poursuivie, alors même que les arbitres au-

raient prononcé l'exécution provisoire, car la question à résoudre est celle de savoir s'il existe une sentence susceptible d'exécution. Art. 1028.

Un jugement rendu par les juges réguliers peut, dans certains cas, être attaqué pour cause d'incompétence ou de nullité; mais l'excès de pouvoirs ou la violation des formes imposées par la loi sont, dans ce cas, l'objet d'un appel, d'un pourvoi en cassation, quelquefois d'une requête civile (1); c'est-à-dire d'un recours dont la nature suppose l'existence d'une décision judiciaire. Le caractère des juges qui prononcent la sentence arguée d'incompétence ou de nullité lui imprime un sceau particulier, une puissance privilégiée qui ne peut tomber que par l'effet d'une réformation prononcée par les juges supérienrs, ou d'une rétractation obtenue des juges qui ont rendu la sentence. L'acte qualifié jugement arbitral peut, au contraire, se trouver anéanti par l'effet d'une action en nullité, comme s'il s'agissait d'attaquer une convention; telle est la nature particulière de la voie de recours qui prend le nom d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*.

(1) Code de procédure, art. 480.

ART. 1028. Aussi, à la différence des voies de recours qui, dirigées contre les jugements de la justice régulière, ne sont ouvertes au plaideur que pendant un temps limité (1), l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* n'a pas d'autres limites pour sa durée que celles des actions ordinaires, et tant que la partie en faveur de laquelle a été prononcée la décision arbitrale a le droit de s'en prévaloir, l'autre partie conserve, si elle n'y a renoncé, le droit d'en paralyser les effets au moyen de l'action en nullité.

Ces explications sur la nature de cette voie de recours étaient nécessaires pour préparer l'examen d'une grave question que la jurisprudence laisse encore indécise, et que la doctrine hésite à résoudre : l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* est-elle permise contre les jugements des arbitres forcés ?

Pour soutenir la négative on se fonde sur le texte de l'article 52 du code de commerce, qui n'indique d'autres moyens de recours que l'appel et le pourvoi en cassation; mais les

(1) Le droit de former la tierce-opposition n'est pas cependant limité dans un délai déterminé; la différence que j'établis ne s'applique qu'aux voies de recours ouvertes aux parties.

auteurs, qui veulent se prévaloir du silence de ce texte en ce qui concerne l'action en nullité, imprimentà leur propre argumentation le signe de sa faiblesse, lorsqu'ils en répudient les conséquences pour admettre contre les sentences des arbitres forcés la voie de la requête civile, bien que la loi garde le silence à cet égard. — D'ailleurs il est facile de s'expliquer pourquoi le législateur a parlé d'une manière spéciale de l'appel et du pourvoi en cassation. Une grave controverse s'était élevée au sein du conseil d'Etat, sur le point de savoir si l'appel et le pourvoi en cassation seraient ouverts de droit aux parties, ou s'il serait nécessaire pour exercer ces voies de recours de les réserver expressément dans l'acte de nomination des arbitres (1). On avait d'abord déclaré que l'appel ne serait ouvert que dans le cas d'une réserve expresse (2); quant au pourvoi en cassation, le conseil avait décidé que ce recours serait de droit, et que les parties ne pourraient y renoncer. Puis une rédaction nouvelle fut proposée et définitivement acceptée, qui mit sur

Art. 1028.

(1) V. Locré, Législation, tome 17, p. 207.

(2) Sauf le cas où les arbitres auraient été nommés par les juges; dans ce cas l'appel devait être de droit. V. *ibid*, p. 210.

Art. 1028. la même ligne l'appel et le pourvoi en cassation, en permettant aux parties d'y recourir, alors même qu'il n'y aurait pas eu de réserve exprimée, et en leur refusant l'une et l'autre voie de recours en cas de renonciation. Dès lors on voit que c'est uniquement pour indiquer les conditions sous lesquelles ces voies de recours pourraient être invoquées, que le législateur a pris soin de les mentionner, et non pour établir en principe qu'elles seraient les seules voies ouvertes contre les jugements des arbitres forcés.

Dans les discussions du conseil d'Etat, dans les observations présentées par les sections du tribunat, il fut aussi question de l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*. Il est difficile d'analyser ces opinions assez confuses, dans lesquelles chacun semblait se préoccuper moins de discuter l'opinion d'autrui que de faire prévaloir une idée personnelle ; je dois cependant essayer de résumer d'une manière exacte la discussion du conseil d'Etat, relativement à cette voie de recours.

Dans la séance du 19 février 1807, on s'occupa de la disposition dont j'ai déjà parlé, et qui déclarait nulle toute renonciation au droit

de se pourvoir en cassation contre les sentences des arbitres forcés. M. Berlier fit remarquer que cette disposition était inconciliable avec les articles 1026, 1027 et 1028 du code de procédure, d'après lesquels le jugement arbitral ne peut être attaqué que par appel, requête civile et opposition à l'ordonnance, et jamais par la voie de cassation (1). M. Berlier s'étonnait que l'on eût, précisément pour les matières commerciales, introduit des moyens de plaider en dehors des limites fixées par le droit commun, et il proposait de dire : « Les articles 1026, 1027 et 1028 du code de procédure seront au surplus observés dans les cas où il y aura lieu à requête civile ou opposition contre un jugement arbitral, ou même à recours en cassation contre les arrêts qui auraient statué soit sur la requête civile, soit sur l'appel d'un jugement arbitral. »

ART. 1028.

L'archichancelier observa que l'on s'était accoutumé à considérer une décision arbitrale comme une chose sacrée, et qu'il avait fallu d'abord ménager un peu ce principe ; que les opinions étaient aujourd'hui plus avancées ; et, pour justifier la proposition de soumettre à la cassation les décisions arbitrales, il ajoutait

(1) V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 265.

ART. 1028. que l'on pouvait bien ne pas admettre de recours pour mal jugé, mais non le refuser pour une violation des lois.

M. Treilhard proposa de permettre aux parties de se pourvoir *en nullité* devant la cour d'appel toutes les fois que les arbitres auraient violé les lois.

M. Bégouen dit que la renonciation à l'appel et au pourvoi en cassation devait être respectée, sauf un seul cas, celui où les arbitres auraient excédé les termes du compromis.

Par suite de cette première discussion, l'article qui avait pour objet de permettre le pourvoi en cassation, nonobstant toute renonciation fut définitivement supprimé.

M. Berlier reproduisit alors sa proposition de déclarer applicables à l'arbitrage forcé les articles 1026, 1027 et 1028 du code de procédure.

M. Cretet soutint que *la requête civile* présentait de graves inconvénients; M. Régnaud de Saint-Jean-d'Angély fut d'avis qu'elle devait être admise.

M. Berlier s'exprima comme il suit : « Si le débat se borne à savoir *si la voie de la requête civile sera admise*, et M. Cretet ne s'est opposé qu'à cela, l'on demande comment elle ne

pourrait pas l'être. » Puis il démontra que les ouvertures de requête civile étaient fort restreintes, et qu'il ne fallait pas enlever cette garantie au plaideur. Art. 1028.

M. Cretet insista pour rejeter la requête civile, en reconnaissant toutefois que les cas de fraude devaient faire exception à toutes les règles.

M. Treilhard dit « que si les arbitres avaient jugé sans compromis, ou après le compromis expiré, il faudrait bien permettre aux parties de se pourvoir. »

M. Berlier répondit « qu'en ce cas il n'y a lieu qu'à une simple opposition, ainsi que l'a directement prévu l'article 1028 du code de procédure civile : tout doit donc engager le conseil à s'y référer. »

La proposition de M. Berlier et l'article furent renvoyés à la section (1).

Ce qui domine dans cette discussion, c'est que les uns, comme l'archichancelier, voulaient augmenter les moyens de recours admis déjà pour l'arbitrage volontaire, en introduisant le pourvoi en cassation contre les sentences des arbitres forcés; que les autres, comme M. Berlier, voulaient restreindre le

(1) V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 276.

Art. 1028. droit du plaideur aux voies de recours permises dans l'arbitrage volontaire; que d'autres enfin, comme M. Cretet, voulaient au contraire diminuer les voies de recours en supprimant la requête civile; mais, dans ce débat, nul ne proposa de proscrire l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*.

De leur côté les sections du tribunat proposèrent une série d'articles dont l'objet était d'étendre à l'arbitrage forcé toutes les voies de recours permises en matière d'arbitrage volontaire (1). Mais il est important de remarquer que le tribunat présentait cette rédaction comme étant l'expression de l'intention supposée aux auteurs de la rédaction primitive de se référer aux dispositions du code de procédure civile, et non comme une modification d'une volonté différente résultant du silence gardé par le projet.

Cependant la rédaction du projet ne subit aucun changement. Ce silence doit-il être interprété comme un renvoi au droit commun, c'est-à-dire aux règles du code de procédure sur les arbitrages; faut-il y voir au contraire une dérogation à ces règles? Ce serait un problème presque insoluble, si les législateurs

(1) V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 322.

n'avaient eux-mêmes donné l'interprétation Art.
de leur silence. M. Régnaud de Saint-Jean-1028.
d'Angély, dans son exposé des motifs, dit, en termes formels : « La loi ordonne le jugement par arbitres, *et, indépendamment des dispositions sur les arbitrages portées au code de procédure*, elle fixe un mode particulier qui assure la prompte expédition des affaires (1). » L'orateur du tribunat, M. Jard-Panvillier, s'exprimait ainsi : « Les dispositions du code de procédure civile sur l'arbitrage *ne pouvant suffire* ni s'appliquer *entièrement* au jugement des contestations dont il s'agit, le projet qui vous est soumis en contient de particulières qu'on a jugées nécessaires pour remplir le projet qu'on avait en vue (2). »

Telle est l'analyse exacte de tous les documents relatifs à la grave question que j'examine; je les ai résumés sans parti pris à l'avance d'y trouver une justification d'un système arrêté; le dirai-je même, avec une tendance vers l'opinion contraire à celle que j'ai puisée dans la méditation de ces documents officiels (3).

(1) V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 352.
(2) V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 352.
(3) On pourrait s'appuyer encore sur les paroles de

Art. 1028. Cette conviction une fois acquise, qu'il n'y a nul argument à tirer du silence des textes, il ne s'agit plus que de rechercher si le caractère de l'arbitrage forcé répugne à l'application de cette voie de recours qu'on appelle l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, ou s'il n'y a pas au contraire identité de motifs pour la déclarer commune à l'une et l'autre espèce d'arbitrage.

La raison de différence généralement invoquée serait tirée de la distinction que j'ai moi-même admise entre l'arbitre volontaire agissant avec un caractère purement privé et l'arbitre forcé exerçant une mission publique. Cette distinction aurait sans doute une certaine importance s'il s'agissait de déterminer le degré d'autorité qui s'attache aux sentences rendues soit par les arbitres volontaires, soit par les arbitres forcés, en supposant *à priori* qu'ils ont agi dans la sphère de leurs pouvoirs conventionnels ou légaux. Mais qu'on le remarque, les moyens sur lesquels repose l'action en nullité de la sentence tendent généralement à dénier

M. Corvetto, prononcées à la séance du 15 janvier 1807, par lesquelles il disait que la sentence arbitrale pouvait être annulée dans certains cas, alors même que les parties auraient renoncé à l'appel et au pourvoi en cassation. V. Locré, Législation, tome 17, p. 205.

l'existence même de leurs pouvoirs, ou à dé- Art.
montrer que les limites dans lesquelles ces 1028.
pouvoirs s'exercent ont été dépassées. Il est donc indifférent, pour que cette action soit ouverte, que la matière comporte ou non l'arbitrage forcé, car l'action a pour objet de faire reconnaître qu'il n'a pas existé d'arbitrage ; il est indifférent de rechercher si les arbitres ont dû agir avec ou sans caractère public, et de préciser la nature de leur mission, car le caractère d'arbitre et la mission conférée sont mis en question par l'attaque dirigée contre l'acte qualifié sentence. Lorsqu'il s'agit de juges revêtus d'un caractère permanent, on ne peut mettre en doute la nature judiciaire de la décision qu'ils prononcent; elle résulte de l'investiture qu'ils ont reçue de l'autorité souveraine. Lorsqu'il s'agit d'arbitres, il faut, avant de qualifier l'acte par lequel ils statuent sur les intérêts des parties, examiner leur propre qualité; c'est une question préjudicielle qu'il faut résoudre et qui se présente dans les mêmes termes, qu'il s'agisse d'arbitres volontaires ou d'arbitres forcés. Cette question une fois résolue, et la validité de la sentence constatée, il y aura sans doute des différences à signaler quant à l'autorité de la

ART. 1028. sentence, suivant qu'elle émanera d'arbitres volontaires ou d'arbitres forcés; ces différences, motivées sur le caractère public des uns, simplement privé des autres, exerceront leur influence sur l'application des voies de recours ouvertes *contre les jugements*, mais elles ne peuvent se faire sentir encore, lorsque la question est de savoir s'il existe réellement une sentence.

Soumises à la formalité de l'ordonnance d'*exequatur*, les sentences prononcées par les arbitres forcés doivent être également soumises à l'action en nullité. L'ordonnance et l'opposition sont pour ainsi dire corrélatives; et le remède est d'autant plus nécessaire qu'en matière commerciale l'exécution provisoire est de droit, et qu'une partie serait exposée aux conséquences rigoureuses de l'exécution, même par la voie de la contrainte par corps, en vertu d'un acte nul qualifié jugement arbitral, et rendu exécutoire sans qu'elle ait pu contredire une ordonnance que le juge n'aurait pas le droit de refuser.

On s'effraye cependant de ce recours au tribunal de commerce, pour faire déclarer nulle la décision des arbitres forcés (1). De quel

(1) Les sections du tribunat avaient proposé de sou-

droit, objecte-t-on, les juges exerceraient-ils ce contrôle sur une décision qu'ils n'auraient pas le pouvoir de réformer? La juridiction des arbitres forcés n'est-elle pas un démembrement de la juridiction des juges de commerce, et ce partage fait entre eux, d'attributions égales, mais distinctes, n'est-il pas incompatible avec cette suprématie que suppose un contrôle exercé par ceux-ci sur les décisions rendues par les autres? — Cette objection me touche peu. Dans notre ancienne jurisprudence, les jugements des arbitres en matière de societé commerciale étaient soumis à l'homologation des consuls, qui pouvaient en certains cas refuser cette homologation; ce refus produisait les mêmes effets que la nullité prononcée. L'argument repose toujours sur la même confusion entre l'acte qualifié sentence et la sentence proprement dite. Les juges de commerce n'ont pas de juridiction à exercer sur les sentences des arbitres forcés; mais on comprend parfaitement qu'ils aient le pouvoir d'examiner

ART. 1028.

mettre l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* aux juges du tribunal civil, même en matière d'arbitrage forcé; cette proposition n'ayant point passé dans le texte, on se trouve sous l'empire de la règle posée dans l'article 1028. —V. Locré, Législation, etc., tome 17, p. 322.

Art. 1028. si l'acte est légitimement qualifié *sentence*, car ils sont chargés par la loi de conférer aux arbitres, lorsque les parties ne les désignent pas elles-mêmes, la mission de juger. Quant à la nature de leurs pouvoirs respectifs, ils sont, vis-à-vis les arbitres, dans la position du délégant à l'égard du délégué.

Je répéterai d'ailleurs, avec M. Treilhard, que si les arbitres avaient jugé sans compromis ou après un compromis expiré (1), il faudrait bien permettre aux parties de se pourvoir. Or, si la matière ne comporte pas un second degré de juridiction, ou si les parties ont renoncé à la voie de l'appel, comment paralyser les effets d'un abus de pouvoir? Le recours en cassation serait inefficace, car il y a violation, non de la loi générale, mais de la loi particulière du contrat; d'ailleurs les parties ont pu renoncer

(1) V. *suprà*, p. 687. — On objecte, à la vérité, que les arbitres forcés ne peuvent jamais se trouver dans ce cas, parce que leur juridiction est établie par la loi et non par la convention des parties. C'est une pure équivoque, car le pouvoir des arbitres ne peut dériver que de la nomination faite valablement par les parties ou par le juge. J'ai démontré, *suprà*, p. 546, que l'expiration des délais entraînait les mêmes conséquences pour l'arbitrage volontaire et pour l'arbitrage forcé.

à la cassation comme à l'appel. Quant à la requête civile, les ouvertures en sont limitées, et l'on ne pourrait faire, à l'hypothèse prévue, l'application des dispositions sur lesquelles est fondé ce recours extraordinaire (1). Art. 1028.

Aussi la cour de cassation a-t-elle jugé, le 7 mars 1832 et le 13 août 1834, que l'action en nullité devient applicable à l'arbitrage forcé lorsque les parties ont renoncé à toutes les voies légales établies contre les jugements. Mais que signifie cette concession, qui n'est plus qu'une distinction arbitraire dès que l'on admet en principe l'exclusion de cette voie de recours en matière d'arbitrage forcé? Le caractère de l'arbitrage n'est pas modifié par une renonciation à l'appel et au pourvoi en cassation. Depuis ces arrêts, la cour de cassation a rejeté la distinction qu'elle-même avait introduite; malgré quelques hésitations qui semblaient présager une autre solution (2), sa

(1) Toutefois le moyen d'opposition fondé sur ce qu'il a été prononcé sur choses non demandées est mis par le code de procédure au nombre des ouvertures de requête civile contre les jugements des tribunaux. Art. 480.

(2) Voyez notamment un arrêt de la section civile du 21 décembre 1836, dont l'un des considérants porte ce qui suit : « Attendu que l'article 397 (sur la péremption

ART. 1028. jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce sens, que l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* n'est pas recevable contre les sentences des arbitres forcés, alors même que, par suite d'une renonciation imprudente aux autres voies de recours, les parties resteraient exposées sans défense aux conséquences funestes d'un excès ou d'un abus de pouvoir (1).

Cette jurisprudence a contre elle l'intention manifeste des rédacteurs du code, et la raison d'analogie tirée des dispositions relatives à l'ar-

d'instance) est conçu dans des termes généraux, absolus, qui en font une disposition décisoire comme celles du même genre, telles, par exemple, que celles des articles ......, 1012 et 1028, relatives aux arbitrages volontaires, lesquelles, écrites dans divers titres du code étrangers à la procédure devant les tribunaux de commerce, doivent néanmoins s'appliquer et s'appliquent habituellement aux instances commerciales comme aux instances civiles, par le motif que ce sont des règles positives qu'on doit suivre toutes les fois qu'elles ne sont ni exclues par d'autres dispositions expresses, ni incompatibles avec celles spéciales aux tribunaux de commerce. »

(1) V. un arrêt du 16 février 1841. Cette jurisprudence de la cour de cassation est suivie par le plus grand nombre des cours royales. V. Dictionnaire de Bioche, v° arbitrage, n°s 800 et suiv.

bitrage volontaire; l'intérêt des parties proteste contre ses dangers; tôt ou tard elle disparaîtra. Art. 1028.

L'action en nullité est ouverte dans les cas suivants : 1° si le jugement a été rendu sans compromis, ou hors des termes du compromis; 2° s'il l'a été sur compromis nul ou expiré; 3° s'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres; 4° s'il l'a été par un tiers sans en avoir conféré avec les arbitres partagés; 5° s'il a été prononcé sur choses non demandées.

Dans toutes ces hypothèses, le vice de la sentence remonte à la constitution même du pouvoir des arbitres; c'est toujours leur mandat qui se trouve en question, — soit que l'une des parties en conteste l'existence, — soit qu'elle s'attaque à la validité du compromis en prétendant qu'il ne renferme pas les énonciations exigées par la loi, — ou bien en se fondant sur sa propre incapacité au moment où le compromis a été souscrit, — ou sur une incapacité depuis survenue, – ou sur l'incapacité des arbitres eux-mêmes (1), soit enfin que les arbitres aient agi

(1) Par exemple, si parmi les arbitres se trouvait un ascendant ou un descendant de l'une des parties ou son

ART. 1028. en dehors du mandat qui leur avait été conféré, en statuant sur un point qui ne leur était pas soumis par le compromis, ou par les conclusions prises devant eux, —soit qu'ils aient, sous un autre point de vue, contrevenu à leur mandat collectif en statuant sans le concours de tous ceux qui composent le tribunal arbitral, —soit que le tiers arbitre, dont le mandat comprend l'obligation de conférer avec les arbitres divisés, n'ait pas rempli cette obligation, ou n'ait pas fait ce qui dépendait de lui pour la remplir.

La nature des griefs sur lesquels est fondée l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* rendrait inefficace et vaine une renonciation à s'en prévaloir donnée avant que la sentence ne fût rendue. Sans doute une telle renonciation à l'exercice de l'action déjà née devrait produire des effets légaux; elle est alors un acquiescement à la sentence, une ratification qui équivaut au mandat, et qui lie rétroactivement la partie, comme si elle eût expressément autorisé les arbitres à dépasser les limites ordi-

conjoint, ou si parmi les arbitres forcés se trouvait un étranger, un failli, etc., et que les parties n'eussent pas capacité pour constituer un arbitrage volontaire. V. *supra*, p. 507 et 558.

naires des pouvoirs qui leur sont conférés ; Art.
mais une renonciation antérieure à la sentence 1028.
serait en opposition directe avec les clauses du compromis; pour faire produire à cette renonciation des effets, il faudrait lui donner une portée incompatible avec la volonté exprimée dans la convention qui limite les pouvoirs conférés aux arbitres. Comment admettre qu'en traçant le cercle dans lequel les arbitres devraient se mouvoir, les parties aient entendu qu'il leur serait permis de le franchir ; qu'en fixant un délai elles les aient autorisés à le dépasser; qu'en désignant plusieurs arbitres, elles aient consenti à ce que la sentence fût prononcée par un seul? Ce sont les clauses expresses, l'intention clairement manifestée qui doivent, dans ce conflit de dispositions inconciliables, l'emporter sur les termes généraux d'une renonciation de cette nature.

Plusieurs arrêts ont consacré ce principe que les parties ne peuvent, dans un compromis, renoncer d'avance à se pourvoir contre la sentence arbitrale par voie d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* (1); mais je suis loin d'admettre le motif qui leur sert de base. On

(1) V. Dictionnaire de Bioche, v° arbitrage, n° 187.

Art. 1028. lit notamment, dans un arrêt de la cour de cassation du 21 juin 1831 : « que tout ce qui intéresse les juridictions est d'*ordre public;* que lorsque les arbitres ne se conforment pas aux dispositions de l'article 1028 du code de procédure, les actes qui émanent d'eux sont improprement qualifiés de sentence arbitrale; qu'ils sont frappés *d'une nullité absolue,* que ni l'ordonnance d'exécution du président du tribunal, ni le consentement des parties ne sauraient effacer ou couvrir. » — Pour réfuter cette proposition, que les moyens sur lesquels est fondée l'action en nullité sont d'*ordre public,* que la nullité est *absolue* et qu'elle ne peut être couverte par le consentement des parties, je n'argumenterai pas de cette incontestable vérité que les parties, après la sentence rendue, auraient la faculté de renoncer à se prévaloir des vices qu'elle renferme; je sais que l'acquiescement produit en général des effets plus étendus qu'une renonciation anticipée au droit de se pourvoir. Mais je ne puis considérer comme touchant à l'ordre public des règles que la volonté des parties manifestée dans des termes non équivoques pourrait sans contredit modifier. Pourquoi les parties n'auraient-elles pas le droit de dispenser le tiers ar-

bitre de conférer avec les arbitres divisés (1)? Art. 1028.
Il faut admettre cette conséquence que, si les parties, au lieu de déclarer d'une manière générale qu'elles renoncent à se pourvoir par opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, avaient dit qu'elles renoncent à se pourvoir dans le cas où le tiers arbitre ne conférerait pas avec les arbitres divisés, cette clause serait obligatoire et rendrait non recevable l'action dirigée de ce chef contre la sentence. — Il faut en dire autant du cas où les parties auraient exprimé la même renonciation pour l'hypothèse prévue où tel des arbitres jugerait seul, puisque l'autorisation eût pu lui être directement donnée de juger en l'absence des autres. — Enfin, si les parties avaient dit qu'elles renoncent à se pourvoir pour le cas où les arbitres jugeraient après le délai du compromis, il faudrait considérer cette clause comme une prorogation dont les effets seraient déterminés suivant les distinctions que j'ai précédemment posées (2). — Toutefois il ne suffirait

(1) C'est précisément à propos d'une violation de la règle qui veut que le tiers arbitre confère avec les arbitres divisés qu'a été prononcé l'arrêt de la cour de cassation du 21 juin 1831.

(2) V. *suprà*, p. 540.

ART. 1028. pas que les parties déclarassent qu'elles renoncent à l'opposition pour le cas où les arbitres jugeraient hors des termes du compromis ou sur choses non demandées, car cette clause serait frappée de nullité comme le serait un compromis dans lequel ne serait pas indiqué l'objet en litige. Il faudrait que les parties énonçassent l'objet sur lequel les arbitres pourraient statuer en dehors des termes primitifs du compromis, ce qui rendrait superflue la renonciation à l'action en nullité.

De ce qui précède il résulte que, si la renonciation à se pourvoir par opposition à l'ordonnance d'*exequatur* reste sans effet, lorsqu'elle n'est pas spéciale à certaines hypothèses déterminées, ce n'est pas qu'il s'agisse d'un principe d'ordre public, ou de nullités absolues que la volonté des parties soit impuissante à couvrir; mais c'est, comme je l'ai dit précédemment, parce qu'une clause générale ne peut jamais prévaloir sur une intention expressément manifestée par des clauses spéciales qui ne peuvent se concilier avec les termes généraux de l'autre disposition. C'est par le même motif que le pouvoir donné aux arbitres de statuer comme amiables compositeurs n'emporte pas renonciation au droit d'intenter

l'action en nullité contre leur sentence. L'extension donnée à leurs pouvoirs suppose leur juridiction légalement constituée. La dispense des règles ordinaires s'applique exclusivement à la forme de procéder et à la décision sur le fond. ART. 1028.

La nullité, qui s'appliquerait d'une manière spéciale à l'un des chefs, n'entraînerait pas l'annulation de la sentence entière. Toutefois, si le compromis imposait aux arbitres l'obligation de statuer sur tous les chefs par un jugement unique, il est évident que la sentence, ne pouvant être valable pour partie, serait viciée dans son ensemble, à raison de l'indivisibilité stipulée dans le compromis.

L'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* étant une action ordinaire, le jugement qui intervient sur cette action est lui-même, suivant les cas, soumis à la voie de l'appel. Pour déterminer si le jugement a été rendu en premier ou en dernier ressort, il faut examiner le montant des valeurs engagées par les conclusions prises devant les arbitres, et faire l'application des règles d'après lesquelles la voie de l'appel est ouverte contre les jugements rendus

Art. 1028. par les tribunaux ordinaires, et non pas des règles spéciales que le code de procédure contient sur l'appel dirigé contre les sentences arbitrales. — Enfin il importe de remarquer que, si la renonciation à se pourvoir par l'action en nullité n'est pas obligatoire pour les parties, il leur serait cependant permis de renoncer d'avance à se pourvoir par appel contre le jugement à rendre sur cette action en nullité; et cette clause insérée dans le compromis obligerait même les successeurs incapables des parties, si l'incapable ne leur succédait qu'après la sentence arbitrale définitivement rendue (1).

Remarquez enfin que le jugement de cette action est soumis à toutes les règles de procédure qu'a tracées la loi pour les actions portées devant les tribunaux réguliers. C'est ainsi qu'il sera permis de se pourvoir par simple opposition contre le jugement qui statue par défaut sur l'action en nullité, bien que ce mode de recours soit interdit contre la sentence arbitrale elle-même.

(1) Je développerai plus bas, à propos de la renonciation à l'appel contre la sentence arbitrale elle-même, les motifs de cette solution.

L'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* est portée devant le tribunal dont le président a rendu l'ordonnance. De sorte que, si les parties ont compromis sur appel, l'ordonnance étant rendue par le président de la cour, l'opposition sera portée *de plano* devant la cour. Sous ce rapport, l'action échappe aux principes ordinaires d'après lesquels un tribunal supérieur ne peut être saisi qu'après le premier degré de juridiction déjà subi. Cette particularité ne se rencontre d'ailleurs que dans l'arbitrage volontaire. Car, ainsi que je l'ai précédemment observé, lorsque les parties compromettent sur l'appel d'une sentence rendue par des arbitres forcés, l'arbitrage est toujours volontaire. Une seule hypothèse pourrait soulever une certaine difficulté : si l'on suppose en effet que, le tribunal de commerce ayant refusé de nommer les arbitres forcés, on se pourvoie par appel pour les faire nommer par la cour, on pourrait soutenir que c'est à celle-ci qu'appartient l'exécution de l'arrêt par lequel a été constitué l'arbitrage, et que dès lors c'est le président de la cour qui doit rendre l'ordonnance d'*exequatur*, et la cour qui doit statuer sur l'opposition à cette ordonnance. Néanmoins je crois qu'en semblable cas il ne s'agit plus de l'exécution de

ART. 1028.

Art. 1028. l'arrêt, mais de l'exécution de la sentence arbitrale; que dès lors il faut s'adresser au président du tribunal de commerce pour obtenir l'ordonnance d'*exequatur*, et par suite se pourvoir devant ce tribunal pour obtenir l'annulation de la sentence (1).

Il peut arriver que l'une des parties, sans attaquer la sentence, veuille se pourvoir seulement contre l'ordonnance, comme émanée d'un juge incompétent; ou que le président, ayant refusé son ordonnance, la partie attaque la décision qui constate ce refus. Quelle voie faudra-t-il prendre dans l'une ou l'autre hypothèse?

La jurisprudence paraît avoir admis sur ce point une distinction qui n'est pas suffisamment justifiée. — Les cours royales s'accordent généralement pour reconnaître que, dans le cas d'incompétence du président, la partie doit se pourvoir devant le tribunal dont le président

(1) Il en serait autrement s'il s'agissait de l'exécution de l'arrêt en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral; ainsi, dans le cas de partage entre les arbitres désignés par la cour, la nomination du tiers arbitre appartiendrait à la cour. Grenoble, 5 décembre 1828.

a rendu l'ordonnance (1). — Mais, en cas de ART.
refus d'apposer l'ordonnance d'exécution, ce 1028.
serait par voie d'appel que la partie devrait se pourvoir (2).

Cette distinction doit être rejetée. Quel que soit le motif pour lequel la partie se propose de se pourvoir contre la décision du président, que l'ordonnance rendue soit attaquée pour vice d'incompétence, pour vice de forme, ou que la partie attaque la décision qui constate le refus d'apposer l'ordonnance d'exécution, c'est toujours par opposition devant le tribunal, ou devant la cour dont le président a statué, que l'instance doit être formée, et jamais par voie d'appel.

On ne saurait en effet admettre que la voie d'appel soit ouverte ou fermée suivant que la décision est prononcée dans tel sens ou dans tel autre. Le pouvoir du président s'exerce dans les mêmes limites et sur le même objet; et, si la décision qu'il rend en se déclarant com-

(1) Poitiers, 9 mars 1830; Bourges, 20 mars 1830; Orléans, 27 mars 1844.

(2) Rennes, 15 mai 1813; Paris, 31 décembre 1825, et 14 mai 1829. — M. Chauveau, Lois de la procédure, quest. 3361, veut que l'on prenne la voie d'appel dans l'une comme dans l'autre hypothèse.

Art. 1028. pétent et en apposant l'ordonnance d'exécution n'est pas susceptible d'appel, il est impossible d'admettre que la décision par laquelle il déclare son incompétence et refuse de statuer puisse être soumise à la juridiction supérieure. Les règles qui déterminent le pouvoir des juridictions sont indépendantes de la décision du juge; elles se rattachent exclusivement à l'objet sur lequel il doit statuer, quelle que soit d'ailleurs la décision rendue.

Le motif pour lequel on doit se pourvoir par opposition, et non par appel, dans le cas d'une ordonnance d'exécution entachée d'incompétence ou de nullité, c'est que l'ordonnance n'est pas, à proprement parler, un jugement, mais, comme l'a dit la cour de Douai, « une pure formalité qui est le complément de la sentence elle-même, et qui intervient sans que les parties aient été entendues ni appelées (1). » Or ce motif s'applique avec la même force à l'hypothèse du refus d'apposer l'ordonnance d'*exequatur*. La décision qui constate ce refus intervient également sans que les parties aient été entendues ou appelées. L'ordonnance d'*exequatur* complète la sentence arbitrale; le refus

(1) Arrêt du 15 mai 1833.

d'apposer l'ordonnance laisse la sentence incomplète. Dans l'un, comme dans l'autre cas, il s'agit d'une mesure d'exécution plutôt que de l'exercice du pouvoir judiciaire. Art. 1028.

D'ailleurs, si la voie de l'appel était, dans l'hypothèse prévue, seule ouverte aux parties, il faudrait bien admettre que la décision du président échapperait à ce recours, dans le cas où la matière sur laquelle ont statué les arbitres ne comporterait pas les deux degrés de juridiction. Ce cas se présentera non-seulement lorsque l'arbitrage sera constitué sur l'appel d'un jugement, mais encore en matière d'arbitrage volontaire ou forcé, lorsque la demande soumise aux arbitres n'excédera pas quinze cents francs. Car, pour déterminer le premier et le dernier ressort, il ne faudrait pas consulter les textes spéciaux qui régissent le droit d'appel contre les sentences arbitrales; en attaquant la décision du président, ce n'est pas la sentence des arbitres que la partie soumet à l'appréciation d'un tribunal supérieur, c'est l'œuvre d'un magistrat de l'ordre judiciaire, contre laquelle on ne pourrait se pourvoir par appel que suivant les règles de droit commun qui fixent le premier ou le dernier ressort. De

ART. 1028. sorte que si la matière, d'après ces règles générales, ne comportait pas les deux degrés de juridiction, et si l'on refusait à la partie le droit de se pourvoir par opposition devant le tribunal dont le président a rendu l'ordonnance, on arriverait à ce résultat inacceptable de fermer toute voie ordinaire de recours contre une décision rendue en l'absence des parties, sans qu'elles aient été mises en demeure de présenter contradictoirement leurs moyens et de faire prévaloir leurs droits.

J'ai passé successivement en revue les questions qui peuvent naître de l'application des principes relatifs à cette voie spéciale de recours qu'on appelle opposition à l'ordonnance d'*exequatur*. On a vu qu'elle présente le caractère d'une action en nullité tendant à dénier à l'œuvre des arbitres son caractère de sentence. J'ai dit par quelle voie pouvait être réformée la décision du président, soit que la partie attaque l'ordonnance par lui rendue, soit qu'elle veuille se pourvoir contre un refus de l'apposer sur la sentence. J'examine maintenant ce qui concerne l'appel.

Il y a, relativement à l'appel, des différences tranchées entre l'arbitrage volontaire et

l'arbitrage forcé. Pour l'arbitrage volontaire, les règles ordinaires qui déterminent le premier ou le dernier ressort sont remplacées par des règles spéciales renouvelées des anciennes ordonnances. « Et sera ledit appel desdits arbitres ou arbitrateurs relevé en nos cours souveraines, sinon qu'il fût question de choses dont les présidiaux peuvent juger en dernier ressort; auquel cas sera ledit appel relevé par-devant eux. » Telle était la disposition de l'ordonnance du mois d'août 1560. Le code de procédure n'a fait que changer en ce point les dénominations; à la place des parlements, ce sont les cours royales; à la place des présidiaux, les tribunaux de première instance. Art. 1023.

« L'appel des jugements arbitraux sera porté, savoir : devant les tribunaux de première instance pour les matières qui, s'il n'y eût point eu d'arbitrage, eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des juges de paix; et devant les cours royales pour les matières qui eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des tribunaux de première instance. »

Ce texte conduit à des conséquences fort remarquables. Il en résulte qu'une contestation, même au-dessous de cent francs, sera, par voie

ART. 1025. d'appel, soumise aux tribunaux de première instance, lorsqu'elle aura subi devant les arbitres un premier degré de juridiction; et qu'une contestation sur une valeur supérieure à deux cents francs sera, dans ce même cas, portée par appel devant les cours royales (1). Certes l'économie du temps et des frais n'est pas, à ce point de vue, du côté de la justice arbitrale, abandonnant aux parties la faculté d'exercer un recours contre des sentences qui, si elles fussent émanées des juges réguliers, eussent été le terme du procès. — Toutefois, si les parties avaient compromis sur appel ou sur requête civile, le jugement arbitral serait définitif et sans appel.

Pour les sentences des arbitres forcés, ce sont d'autres principes. Le droit de se pourvoir par appel n'est ouvert aux parties que dans le cas où le droit d'appeler leur eût appartenu, si, à la place de la justice des arbitres, c'eût été la

(1) Il y a pourtant des cas dans lesquels l'appel sera porté devant les tribunaux de première instance, lorsqu'il s'agira d'une valeur supérieure à deux cents francs; ces hypothèses sont celles dans lesquelles les juges de paix peuvent statuer en premier ressort au-dessus de cette somme. V. Loi du 25 mai 1838.

juridiction des tribunaux de commerce qui se fût exercée. Le code de commerce ne contient pas, il est vrai, de règle explicite à cet égard; mais ce principe dérive de la nature même de l'arbitrage forcé, démembrement de la juridiction commerciale, de sorte que les arbitres se trouvent subrogés dans les pouvoirs attribués aux juges de commerce. Une preuve décisive qu'il faut appliquer aux jugements des arbitres forcés les règles du premier et du dernier ressort telles qu'elles sont établies pour les tribunaux réguliers, c'est que la loi admet contre ces jugements le recours en cassation. Si les jugements des arbitres forcés n'étaient rendus qu'en premier ressort, et à charge d'appel, ils ne seraient pas attaquables par la voie de cassation (1). L'appel des sentences rendues par les arbitres forcés sera donc toujours porté devant les cours royales, et ne sera permis que dans les matières excédant quinze cents francs de principal (2), à moins qu'il ne s'agisse d'incompétence, cas dans lequel la voie de

ART. 1023.

(1) « Les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus *en dernier ressort.* » Loi du 1er décembre 1790.

(2) Code de commerce, art. 639. (Loi du 3 mars 1840.)

ART. 1025. l'appel est toujours ouverte aux parties, alors même que le fond devrait être jugé en dernier ressort.

Les parties peuvent d'ailleurs renoncer à se pourvoir par appel contre la sentence que doivent rendre les arbitres. Cette faculté leur appartient, quelle que soit la nature de l'arbitrage (1). Toutefois il convient d'examiner successivement les principes qui régissent cette renonciation, suivant qu'il s'agit d'arbitrage volontaire ou d'arbitrage forcé.

L'arbitrage volontaire suppose la capacité des parties. Il est évident que l'incapable qui ne serait pas lié par le compromis ne serait pas lié davantage par une renonciation au droit d'appel. La renonciation, pour être obligatoire, doit donc émaner d'une partie capable de compromettre.

Si l'on suppose que les conditions de capa-

(1) V. *suprà*, p. 683.—Mais la renonciation au droit d'appel ne s'étendrait pas, à moins d'une clause expresse, aux décisions rendues *par les tribunaux ordinaires* sur les incidents qui s'élèveraient dans le cours de l'arbitrage; elle ne s'étendrait pas non plus à la décision rendue par les arbitres forcés sur leur propre compétence.

cité se rencontrent dans la personne du renonçant, cette renonciation au droit d'appel sera-t-elle opposable à son successeur incapable? Pour que la question présente quelque intérêt, il faut admettre nécessairement qu'au moment où l'incapable succède à la partie de qui la renonciation émane, la sentence arbitrale est prononcée, et les délais de l'appel non encore expirés. S'il en était autrement, si la sentence n'était pas rendue, le compromis de son auteur n'étant pas obligatoire pour l'incapable, la clause de renonciation ne le serait pas davantage, parce qu'elle a été exprimée en vue de l'exercice de la juridiction arbitrale, et que cette juridiction ne peut plus s'exercer. Mais, la sentence étant rendue avant l'époque de l'ouverture de son droit, faudra-t-il reconnaître à l'incapable la faculté d'appeler, laquelle n'appartiendrait pas à son auteur?

Art. 1023.

Non sans doute; on argumenterait vainement pour l'opinion contraire de l'article 1013 du code de procédure, d'après lequel le décès de l'une des parties met fin au compromis lorsqu'elle laisse des héritiers mineurs. Le compromis, dans notre hypothèse, a pris fin avant le décès, par la prononciation de la sentence. Le motif qui justifie la règle de l'ar-

ART. 1023. ticle 1013 ne peut s'appliquer au cas d'une renonciation à l'appel. Si le compromis est éteint par la survenance d'un incapable, c'est qu'il a pour unique objet de régler la forme de procéder, et que la forme peut subir des modifications par un événement imprévu comme par une loi nouvelle, sans qu'il y ait atteinte au principe de la non-rétroactivité (1). Mais la renonciation à l'appel n'est pas une convention relative à la forme; elle constitue une altération du droit, une renonciation à l'action elle-même; de sorte que, la sentence étant prononcée, l'incapable ne peut plus l'attaquer par appel, puisqu'il n'y a pas d'action qui lui soit transmise et qu'il puisse exercer du chef de son auteur.

La renonciation au droit de se pourvoir par appel résulte implicitement du pouvoir conféré aux arbitres de juger comme amiables compositeurs. L'arbitrage, ainsi constitué, présente une certaine analogie avec la transaction. La faculté laissée aux arbitres de suivre les inspirations de leur conscience, en négligeant les formes et les règles du droit, serait inconciliable avec l'idée que les parties auraient

(1) V. *suprà*, p. 570.

entendu se réserver le droit de réclamer devant les juges d'appel l'application des lois que ceux-ci doivent exclusivement consulter. L'ancienne jurisprudence permettait, il est vrai, l'appel en pareil cas; mais ses traditions sont à cet égard sans influence et sans valeur. On sait en effet que toute renonciation au droit d'appel avant la prononciation de la sentence arbitrale était considérée comme inefficace (1); on ne pouvait dès lors induire de ce pouvoir spécial conféré aux arbitres une renonciation tacite que la convention expresse des parties n'aurait même pu rendre obligatoire.

ART. 1023.

Mais si les parties, en nommant les amiables compositeurs, s'étaient expressément réservé le droit d'appel, cette réserve, toute contradictoire qu'elle puisse être avec la nature de la mission des arbitres, n'en devrait pas moins produire ses effets. Dans ce conflit de dispositions, c'est la clause expresse qui doit l'emporter sur la présomption résultant de l'extension des pouvoirs conférés par le compromis; c'est le droit commun qui doit prévaloir, lorsque l'intention d'y déroger est incertaine (2).

(1) V. *suprà*, p. 442.

(2) Aix, 12 août 1836.

Art. 1023. En matière d'arbitrage forcé, la renonciation à l'appel est interdite aux représentants des personnes incapables : « Si des mineurs sont intéressés dans une contestation pour raison d'une société commerciale, dit l'article 63 du code de commerce, le tuteur ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral. »

La loi suppose évidemment que la renonciation émane directement de l'incapable ou de son représentant, et c'est à cette hypothèse que se réfère la prohibition. On est donc amené à conclure que, si la renonciation émanait d'une partie capable à laquelle un incapable succéderait à titre universel ou particulier, la clause de renonciation serait, à l'égard de celui-ci, une clause obligatoire.

Il ne faudrait même pas distinguer, comme je l'ai fait pour l'arbitrage volontaire, suivant que la sentence est ou non rendue au moment où l'incapable succède (1). Ce qui fait obstacle, en matière d'arbitrage volontaire, à l'efficacité de cette clause, lorsque l'incapable succède avant que la sentence ne soit rendue, c'est que le compromis cesse d'être obligatoire et que la

(1) V. *suprà*, p. 714.

renonciation à l'appel n'est faite qu'en vue de l'exercice de la juridiction arbitrale ; la condition sous laquelle cette renonciation est censée avoir été donnée venant à défaillir, puisque la justice arbitrale ne peut plus s'exercer, les droits des parties seront désormais régis par les lois ordinaires, quant à la juridiction, quant aux formes de procédure, quant aux voies ouvertes pour attaquer les jugements. Mais cette raison de décider ne trouve pas son application en matière d'arbitrage forcé. L'arbitrage est obligatoire pour les successeurs incapables, car ils y seraient soumis de leur chef, à raison de la nature du litige; ils sont donc liés par la renonciation à l'appel, de même qu'ils le seraient par la renonciation de leur auteur, si l'instance, au lieu d'être engagée devant les arbitres, était pendante devant la justice régulière. Dans l'un et l'autre cas, la renonciation serait opposable, parce qu'elle a été faite par une partie capable de s'engager, en vue d'une juridiction qui doit s'exercer, quelles que soient les modifications survenues dans l'état ou dans la capacité des parties intéressées.

Art. 1023.

Je ne développerai pas ici les règles de la procédure sur l'appel. Ces règles, lorsqu'il

ART. s'agit de l'appel d'une sentence arbitrale, ne
1024. présentent rien de spécial. Le texte de la loi nous apprend — que les dispositions sur l'effet suspensif de l'appel et sur l'exécution provisoire des jugements des tribunaux sont applicables aux jugements des arbitres (1), — et que,
1025. dans le cas de rejet de l'appel, l'appelant doit être condamné à la même amende que s'il s'agissait d'un jugement rendu par les tribunaux ordinaires (2). Ces règles trouveront leur développement dans mes explications sur le titre de l'Appel.

Une seule difficulté se rattache d'une manière toute spéciale à l'ouverture du droit d'appel contre les sentences arbitrales. Le point de départ des délais est fixé, pour les jugements des arbitres comme pour les jugements des tribunaux ordinaires, par la signification (3). Mais cette signification est le point de départ de la déchéance qui menace la partie, et non le moment de l'ouverture du droit d'appel. Le droit d'appeler est ouvert avant la signification du jugement; c'est ce qui résulte de l'art. 449

(1) V. Code de procédure, art. 457, 458 et 459.

(2) Code de procédure, art. 471.

(3) Code de procédure, art. 443.

qui défend seulement d'interjeter appel d'un jugement non exécutoire par provision, avant l'expiration de la huitaine *à dater du jour du jugement*. Cette règle est applicable à l'appel des sentences arbitrales. Toutefois quelques auteurs prétendent que s'il est permis d'appeler avant la signification du jugement des arbitres, le droit d'appel n'est pas ouvert tant que la sentence n'est pas revêtue de l'ordonnance d'*exequatur* (1). ART. 1023.

Je ne crois pas que cette opinion doive prévaloir. Le motif invoqué par ceux qui la soutiennent, c'est que l'appel ne peut être dirigé que contre un jugement proprement dit, et que la sentence arbitrale ne doit être considérée comme telle que lorsqu'elle a été rendue exécutoire. Mais on oublie qu'en prenant la voie de l'appel, la partie reconnaît l'existence et la valeur légale de la sentence, qui ne peut plus être attaquée par voie d'action en nullité. Sans doute il peut se faire que la décision frappée d'appel ne présente pas aux yeux des juges supérieurs le caractère d'une sentence, et si les irrégularités sont de telle nature qu'elles ne puissent être couvertes par le fait

(1) V. notamment M. Chauveau, Lois de la procédure, quest. 3370 *quater*.

ART. 1023. des parties intéressées, les juges d'appel devront refuser d'exercer leur juridiction, et renvoyer les parties à se pourvoir comme elles aviseront, parce qu'il faut, pour que leur justice s'exerce, une sentence qui leur soit déférée, et qu'ils n'en trouvent pas les éléments dans l'acte objet du litige ; mais ce n'est pas une raison pour poser en principe que l'appel doit être déclaré non recevable, sans examen du caractère et de la régularité de la décision arbitrale. — Quant à l'objection qui consiste à soutenir que la décision ne prend le caractère d'une sentence que lorsqu'elle a été déclarée exécutoire, il suffit de faire remarquer que la loi du 24 août 1790, titre 1, art. 6, ne soumettait à l'ordonnance d'*exequatur* que les sentences *dont il n'y avait pas appel*, ce qui suppose évidemment que l'appel peut être interjeté avant que l'ordonnance ne soit rendue. L'arrêt, en réformant la sentence, détruit le caractère légal qui permettait de la rendre exécutoire ; en la confirmant, il lui confère la force exécutoire qui lui manque (1).

Je termine sur l'appel en faisant observer qu'il doit être porté devant le tribunal ou de-

(1) V. dans ce sens un arrêt d'Aix du 22 mai 1828.

vant la cour dans le ressort desquels la sentence arbitrale a été rendue. C'est l'ordre naturel des juridictions indiqué sinon par le texte, au moins par l'intention manifeste des rédacteurs du code de procédure; on peut s'en convaincre en se reportant aux discussions qui précédèrent l'adoption du texte définitif (1). Art. 1023.

474. On a vu que la tierce opposition est, dans certains cas, permise contre la sentence arbitrale. Sans entrer dans l'examen des règles de cette voie de recours, il suffit de faire observer que la tierce opposition, quoique formée par action principale, ne peut jamais être portée devant les arbitres (2). Il faut admettre ici l'application d'une règle exceptionnelle analogue à celle que nous trouvons écrite à propos de la requête civile; la juridiction arbitrale se trouvant épuisée dès que la sentence définitive est rendue, il faut nécessairement recourir aux tribunaux ordinaires; et comme la tierce opposition a pour but, en général, d'arrêter

(1) « L'appel, disait le texte primitif de l'art. 1023, sera porté au tribunal de première instance *qui a dû ordonner l'exécution*, etc. » V. Locré, Esprit du code de procédure, tome 4, p. 386.

(2) Code de procédure, art. 475.

ART. 474. l'exécution du jugement attaqué, je crois qu'elle devrait être portée, par voie principale, devant le tribunal dont le président a rendu l'ordonnance d'exécution. Quant à la tierce opposition incidente, on suivra la règle de l'article 475 du code de procédure.

1026. La requête civile dirigée contre la sentence des arbitres est soumise à des dispositions toutes spéciales qui modifient le caractère essentiel de cette voie de recours. En principe général, la requête civile a pour objet d'obtenir des juges qui l'ont rendu la rétractation d'un jugement (1); mais, ainsi que je viens de le dire pour la tierce opposition, le législateur s'est vu forcé d'abandonner le principe, parce que l'application en était impossible. Investis momentanément du caractère de juges, les arbitres n'ont plus de juridiction à exercer dès qu'ils ont prononcé leur sentence définitive. La requête civile dirigée contre la sentence arbitrale n'est donc plus, à proprement parler, une voie de rétractation, mais un recours formé devant d'autres juges. Les parties seraient libres de constituer un nouvel arbitrage pour faire statuer sur les questions que pré-

(1) Code de procédure, art. 490 et 501.

sente la requête civile; mais le compromis primitif ne renferme pas cette obligation, et si les parties ne s'accordent pas pour soumettre à l'arbitrage cette contestation nouvelle, c'est aux tribunaux permanents qu'il faut recourir pour obtenir une décision. La clause expresse contenue dans le compromis primitif, de soumettre aux arbitres la requête civile à laquelle pourra donner lieu leur sentence, ne serait pas obligatoire, parce que cette clause aurait en vue une contestation qui n'est pas encore née au moment de ce compromis, et dont l'objet est tellement incertain qu'il peut se faire que la contestation ne soit pas soulevée (1). ART. 1026.

Bien que le code de commerce ait gardé le silence sur l'application de la requête civile aux sentences des arbitres forcés, l'opinion qui déclare cette voie de recours permise, quelle que soit la nature de l'arbitrage, a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). Comme les arbitres volontaires, les arbitres forcés n'exercent qu'un pouvoir temporaire. Il faut donc nécessairement admettre que la requête civile dirigée contre leurs sen-

(1) V. *suprà*, p. 524.

(2) V. *suprà*, p. 684, la discussion qui eut lieu au conseil d'État sur ce point.

ART. 1026. tences doit être portée devant la justice régulière. Si les parties convenaient de porter la requête civile devant des arbitres désignés par elle, ce ne serait plus un arbitrage forcé, mais un arbitrage volontaire qu'elles établiraient, quoiqu'il s'agît d'une contestation sociale née entre associés.

J'examinerai successivement — quelles sentences peuvent être attaquées par voie de requête civile; — quelles sont les ouvertures de requête civile; — devant quels tribunaux elle doit être portée.

L'article 480 du code de procédure ne permet la requête civile que lorsqu'elle est dirigée contre les jugements en dernier ressort ou contre les arrêts souverains. C'est l'application de la règle qui veut que les voies extraordinaires ne puissent être employées que dans le cas où les voies ordinaires ne sont pas ouvertes aux plaideurs.

Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, il ne pouvait donc y avoir lieu de se pourvoir par requête civile contre les sentences arbitrales, parce que la voie de l'appel était toujours ouverte contre ces sentences (1). Les jugements

(1) On jugeait même que les sentences arbitrales

des arbitres ne furent soumis à la requête civile que lorsque la loi de 1790 eut déclaré qu'il ne serait pas permis d'en appeler si les parties ne s'étaient expressément réservé cette faculté. Rendus en dernier ressort quand la réserve n'était pas exprimée, ils tombaient sous le coup de ces attaques extraordinaires que le législateur abandonne comme une ressource extrême à la persévérance des plaideurs. **Art. 1026.**

Sous l'empire du code, on décidera d'abord que la requête civile est permise contre les sentences arbitrales lorsqu'elles ont été rendues sur appel. Mais cette hypothèse n'est pas la seule : « La requête civile, dit l'art. 1026, sera portée devant le tribunal qui eût été compétent pour connaître de l'appel. » Cette disposition doit s'appliquer au cas où la sentence arbitrale a été rendue par des arbitres autorisés, lors du compromis ou depuis, à juger sans appel. Ce n'est pas seulement en vertu du texte des lois qu'une sentence peut être qualifiée en dernier ressort; la volonté des parties suffit pour lui conférer

rendues *sur appel* dans une matière où les juges ordinaires auraient statué souverainement, si l'appel eût été porté devant eux, n'en étaient pas moins rendues *à charge d'appel*. V. un arrêt du 13 mai 1762, cité au Répertoire de Merlin, v° arbitrage, n° 36.

Art. ce caractère, quoique, d'après sa nature, le
1026. litige comporte les deux degrés de juridiction. C'est ce qui résulte formellement de l'article 6, titre 4 de la loi du 24 août 1790; c'est ce que prouvent encore l'article 7 du code de procédure et l'article 639 du code de commerce. Ces textes qualifient de jugements en dernier ressort ceux qui sont rendus sur une demande pour laquelle les parties ont déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel. Comme tels, ces jugements peuvent être frappés de requête civile. J'interpréterai donc ainsi la disposition de l'article 1026 : la requête civile sera portée devant le tribunal qui eût connu de l'appel, si les parties n'avaient renoncé à la voie de l'appel.

Les jugements des arbitres forcés sont rendus en dernier ressort lorsque la valeur du litige est inférieure à quinze cents francs. Les parties peuvent aussi renoncer à l'appel, si la matière dépasse cette somme. Dans l'un et l'autre cas, la requête civile est permise.

La renonciation à se pourvoir par requête civile est-elle obligatoire pour les parties, comme le serait la renonciation à l'appel? C'est une grave question qui se rattache aux principes généraux dont le développement trouvera

sa place dans les explications que je donnerai plus tard sur le titre de la requête civile. Sans entrer à cet égard dans l'énumération des causes diverses qui donnent ouverture à cette voie de recours, on peut décider avec certitude qu'une renonciation antérieure ne peut lier la partie qui invoque à l'appui de sa requête civile le dol et la fraude pratiqués par son adversaire : *Illud nullâ pactione effici potest, ne dolus præstetur* (1). C'est la raison pour laquelle est déclarée nulle toute convention portant que le vendeur ne sera pas tenu de la garantie de ses faits personnels (2).

ART. 1026.

Dans tous les cas il est certain que la renonciation à la requête civile ne résulterait pas du pouvoir donné aux arbitres de statuer comme amiables compositeurs. La requête civile suppose une erreur commise, et, pour renoncer au moyen de la faire réparer, il faut au moins une volonté clairement exprimée.

Les moyens de requête civile sont énumérés dans les articles 480 et suivants du code de procédure. Toutefois, en matière d'arbitrage, il existe une dérogation aux règles que ces articles

(1) L. 27, § 3, ff. *de pactis.*
(2) Code civil, art. 1628.

Art. 1026. consacrent. Lorsqu'il s'agit des jugements rendus par les tribunaux réguliers, la partie peut se pourvoir par requête civile, *s'il a été prononcé sur choses non demandées* (1) : ce n'est pas contre les sentences arbitrales une ouverture de requête civile, mais un moyen d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* (2).

1027. Une difficulté sérieuse se présente à propos de l'inobservation des formes ordinaires, laquelle constitue, d'après l'art. 480, un moyen de requête civile. Suivant l'article 1027, on ne peut proposer pour ouverture de requête civile : l'inobservation des formes ordinaires, *si les parties n'en étaient autrement convenues, ainsi qu'il est dit en l'article* 1009. Quelques auteurs entendent cette disposition en ce sens que l'inobservation des formes, alors même que les arbitres *ne sont pas dispensés de les suivre*, n'est pas un moyen de requête civile; puis, combinant cette première partie de l'ar-

(1) Code de procédure, art. 480, 3°.

(2) V. *suprà*, p. 697. Si l'on admettait avec la jurisprudence que l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* n'est pas permise contre les jugements des arbitres forcés, il faudrait en même temps admettre que le moyen tiré de ce qu'il a été prononcé sur choses non demandées pourrait être invoqué comme ouverture de requête civile.

ticle 1027 avec la seconde, dans laquelle on **Art.**
trouve un renvoi à l'article 1028, ils veulent **1027.**
que dans ce cas la voie d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* soit la seule ouverte aux parties (1). Une meilleure interprétation du texte de l'article 1027 a prévalu dans la jurisprudence; le texte devrait s'entendre en ce sens que l'inobservation des formes n'est pas un moyen de requête civile lorsque les parties, conformément à l'article 1009, ont dispensé les arbitres de l'observation des formes (2); mais, à défaut de dispense, la voie de la requête civile serait ouverte. Cette interprétation est complétement justifiée par les transformations qu'a subies la rédaction primitive du texte de l'article 1027. La première rédaction portait : Ne peut être proposée l'inobservation des formes ordinaires, *si les parties étaient convenues d'une forme particulière*. On trouva que ces dernières expressions n'étaient pas assez générales, parce qu'elles supposaient l'indication d'une forme particulière substituée par le

(1) V. notamment M. Pigeau, Commentaire, tome 2, p. 715, et M. Boitard, Leçon 65, sur l'art. 1027.

(2) Cette dispense résulterait implicitement du pouvoir donné aux arbitres de statuer comme amiables compositeurs.

ART. 1026. semble renouvelée de la loi des 11 et 12 février 1791, d'après laquelle les requêtes civiles devaient être portées de la même manière et dans les mêmes formes que les appels à l'un des sept tribunaux d'arrondissement juges d'appel les uns des autres (1).

En appliquant la disposition de l'article 1026 ainsi entendue, on décidera que, si les parties avaient compromis sur une matière de nature à être jugée par un juge de paix, soit en premier, soit en dernier ressort, et qu'elles aient, par le compromis, renoncé à l'appel, la requête civile sera portée devant le tribunal de première instance dans le ressort duquel a été rendu le jugement; que si les parties avaient compromis sur une matière qui fût de nature a être jugée, soit en premier, soit en dernier ressort, par un tribunal de première instance ou par un tribunal de commerce, c'est à la cour royale que devrait être portée la requête civile, en cas de renonciation à l'appel.

Reste une hypothèse qui n'est pas réglée par l'article 1026, celle d'une sentence arbitrale rendue sur appel. Dans ce cas, la voie de la requête civile est évidemment permise; mais la règle qui sert à déterminer la compétence

(1) V. tome 1, 455.

n'est plus applicable, parce que c'est la nature du litige, et non la volonté des parties, qui interdit la voie de l'appel contre la sentence des arbitres, et qu'il n'y a pas dès lors de tribunal dont on puisse dire qu'il eût été compétent pour connaître de l'appel. On doit décider que la requête civile sera portée devant le tribunal ou la cour qui eussent été compétents pour exercer leur juridiction s'il n'y eût pas eu d'arbitrage. Les parties ont-elles compromis sur l'appel d'une sentence de juge de paix, ou sur l'appel d'une sentence d'arbitres volontaires rendue sur une matière qui rentre dans la compétence des juges de paix? la requête civile sera portée devant le tribunal de première instance : c'est à la cour qu'appartient la connaissance de la requête civile, s'il a été compromis sur l'appel d'un jugement du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce

ART. 1026.

La loi ne contient aucune disposition sur la requête civile en matière d'arbitrage forcé. Faut-il appliquer les mêmes règles de compétence que celles indiquées pour la requête civile dirigée contre la sentence des arbitres volontaires? — Il faut, je crois, tenir compte d'une différence que j'ai signalée entre ces

Art. 1026. semble renouvelée de la loi des 11 et 12 février 1791, d'après laquelle les requêtes civiles devaient être portées de la même manière et dans les mêmes formes que les appels à l'un des sept tribunaux d'arrondissement juges d'appel les uns des autres (1).

En appliquant la disposition de l'article 1026 ainsi entendue, on décidera que, si les parties avaient compromis sur une matière de nature à être jugée par un juge de paix, soit en premier, soit en dernier ressort, et qu'elles aient, par le compromis, renoncé à l'appel, la requête civile sera portée devant le tribunal de première instance dans le ressort duquel a été rendu le jugement; que si les parties avaient compromis sur une matière qui fût de nature a être jugée, soit en premier, soit en dernier ressort, par un tribunal de première instance ou par un tribunal de commerce, c'est à la cour royale que devrait être portée la requête civile, en cas de renonciation à l'appel.

Reste une hypothèse qui n'est pas réglée par l'article 1026, celle d'une sentence arbitrale rendue sur appel. Dans ce cas, la voie de la requête civile est évidemment permise; mais la règle qui sert à déterminer la compétence

(1) V. tome 1, 455.

n'est plus applicable, parce que c'est la nature Art.
du litige, et non la volonté des parties, qui in- 1026.
terdit la voie de l'appel contre la sentence des arbitres, et qu'il n'y a pas dès lors de tribunal dont on puisse dire qu'il eût été compétent pour connaître de l'appel. On doit décider que la requête civile sera portée devant le tribunal ou la cour qui eussent été compétents pour exercer leur juridiction s'il n'y eût pas eu d'arbitrage. Les parties ont-elles compromis sur l'appel d'une sentence de juge de paix, ou sur l'appel d'une sentence d'arbitres volontaires rendue sur une matière qui rentre dans la compétence des juges de paix? la requête civile sera portée devant le tribunal de première instance : c'est à la cour qu'appartient la connaissance de la requête civile, s'il a été compromis sur l'appel d'un jugement du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce

La loi ne contient aucune disposition sur la requête civile en matière d'arbitrage forcé. Faut-il appliquer les mêmes règles de compétence que celles indiquées pour la requête civile dirigée contre la sentence des arbitres volontaires? — Il faut, je crois, tenir compte d'une différence que j'ai signalée entre ces

ART. 1026. deux sortes de sentences. Les arbitres forcés jugent en dernier ressort jusqu'à 1,500 francs de principal. Leur juridiction est un démembrement de la juridiction commerciale, de sorte que, si l'arbitrage était supprimé pour les contestations sociales, ces tribunaux seraient investis, sans qu'il fût besoin d'une attribution expresse, du droit de statuer sur ces contestations. C'est en se plaçant à ce point de vue qu'il faut décider, suivant moi, que la requête civile contre une sentence en dernier ressort, ne pouvant être portée devant les arbitres forcés, dont les pouvoirs sont expirés, devrait être déférée au tribunal de commerce du lieu où la sentence a été rendue. Mais je ne déciderais pas de la même manière, si les arbitres forcés avaient jugé en dernier ressort non pas à raison de la modicité du litige, mais en vertu d'une clause expresse du compromis. Dans ce cas, il faudrait appliquer la disposition générale de l'art. 1026, et porter la requête civile devant la cour qui eût été compétente pour connaître de l'appel, si les parties n'y eussent renoncé (1). Si les parties avaient compromis sur l'appel d'une première sentence rendue par les arbi-

(1) Ainsi jugé dans cette dernière hypothèse. Lyon, 31 août 1825; Colmar, 26 mai 1833.

tres forcés, la requête civile contre la sentence Art.
rendue sur l'appel devrait être portée devant 1026.
la cour. On se trouverait alors en matière d'arbitrage volontaire.

Je réserve, pour les développer à propos des textes qui les régissent, les principes relatifs à la procédure, aux délais, au jugement de la requête civile. Ces principes appartiennent à l'instruction des procès devant les tribunaux réguliers ; ils sont, par conséquent, en dehors des limites que mon sujet m'impose.

Le pourvoi en cassation ne peut être dirigé 1028.
contre les sentences des arbitres volontaires. Ce recours n'est permis que contre les jugements des tribunaux rendus soit sur requête civile, soit sur appel d'un jugement arbitral ; il est ouvert aux parties lorsqu'il s'agit d'une sentence des arbitres forcés. Mais, pour être soumise au pourvoi en cassation, il faut que la sentence ait été rendue en dernier ressort, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une clause de renonciation à l'appel. On ne pourrait se pourvoir en cassation contre le jugement arbitral rendu sur appel d'un jugement d'arbitres forcés. J'ai fait observer plus d'une fois que l'on se trouvait, dans ce cas, en matière d'arbitrage volontaire.

Art. 1028. Une clause fort usuelle dans notre ancienne jurisprudence, qui l'avait empruntée au droit romain, consistait à stipuler une peine contre celui qui refuserait de s'en tenir à la sentence arbitrale; le code civil permet une stipulation de cette nature ajoutée à la transaction (1). En matière d'arbitrage, la validité de cette clause n'est pas douteuse; seulement il y a lieu d'examiner quels effets elle doit produire. Conçue dans des termes généraux, sans distinction entre les différentes voies de recours par lesquelles serait attaquée la sentence, cette clause doit être entendue en ce sens que, dans le cas d'une attaque dirigée contre la sentence, la peine est due, soit que l'attaque ait ou non réussi. Cette stipulation n'a pas, comme en droit romain, l'effet de donner à la partie le moyen de se libérer des causes de la condamnation par le payement de la peine; elle n'est qu'une clause accessoire qui s'exécute *rato manente pacto*. Le payement de la peine restitue seulement au plaideur sa liberté d'action. — Mais, si la sentence était attaquée soit par voie d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur*, soit par l'appel ou la requête civile ayant pour base le dol, ou le faux, ou la

(1) Code civil, article 2047.

fraude, la peine ne serait pas due, et, si elle avait été payée, devrait être restituée dans le cas où la sentence serait déclarée nulle. Les parties se sont engagées, sous la peine stipulée, à respecter la sentence, mais non pas à exécuter un acte improprement qualifié sentence, ou frappé d'une cause de nullité qui sort des prévisions ordinaires. ART. 1028.

J'ai terminé mes explications sur les arbitrages; en cette matière, les textes ont laissé bien des difficultés indécises. La jurisprudence des cours a pour ainsi dire créé une œuvre nouvelle dans laquelle s'efface, en se confondant avec elle, l'œuvre incomplète du législateur. J'ai cependant cité peu d'arrêts; plus imposante, en cette matière, était l'autorité de la jurisprudence, et plus il était nécessaire de s'affranchir de la domination des précédents.

En explorant les monuments de la jurisprudence parlementaire, en montrant les vicissitudes que l'arbitrage a subies, selon les influences et les passions de chaque époque, je suis arrivé à cette conclusion que justifient tant d'incertitudes dans la théorie, tant de difficultés dans la pratique; c'est que l'arbitrage est une de ces institutions auxquelles on

Art. 1028. peut appliquer ce mot de Bacon, malheureusement applicable à tant de généreuses idées que l'expérience a condamnées : *Dictu pulchra, ab usu remota.*

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE SOMMAIRE

DES

CHAPITRES CONTENUS DANS LE SIXIÈME VOLUME.

CHAPITRE XXX.

DES MATIÈRES SOMMAIRES.

CHAPITRE XXXI.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Pages.

Pages.

Pages.

CHAPITRE XXXII.

DES ARBITRAGES.

CHAPITRE XXXIII.

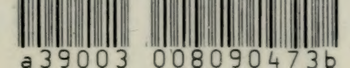
VOIES DE RECOURS CONTRE LES SENTENCES DES ARBITRES.

FIN DE LA TABLE.

FAUTES A CORRIGER.

Page 38, ligne 25, au lieu de *il faut qu'elle dépasse*, lisez *il faut qu'elle ne dépasse pas*.

Page 348, à la note 1, au lieu de *V. infrà, p.* 31, lisez *V. infrà, p.* 383.


a39003 008090473b

